

## „Fair Value“ und die Körperschaftsteuer aus spanischer Sicht

### – Anmerkungen zur steuerlichen Geeignetheit der IFRS\* –

Dr. ANDRÉS BÁEZ MORENO, Madrid/THOMAS KAISER, Düsseldorf

#### Inhaltsübersicht

- |  |   |
|--|---|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>I. Problemaufriss; Möglichkeiten der Einbeziehung der IAS/IFRS in die Einzelabschlüsse und steuerliche Auswirkungen</li> <li>II. Vom „Fair Value“ betroffene Aktiva und Auswirkung auf das Jahresergebnis             <ul style="list-style-type: none"> <li>1. Erfolgswirksame Neubewertungen</li> <li>2. Erfolgsneutrale Neubewertungen</li> </ul> </li> <li>III. Die Neubewertung mit dem „Fair Value“ und das Problem der Besteuerung nicht realisierter Gewinne</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>1. Das Argument der fehlenden Liquidität</li> <li>2. Das Argument der Bewertungsschwierigkeiten</li> <li>3. Das Argument der Verletzung des Grundsatzes der neutralen Besteuerung</li> <li>IV. Verfassungsrechtliche Probleme einer „Besteuerung à la carte“ durch Wahlrechte im Bereich des „Fair Value“</li> <li>V. Zusammenfassung</li> </ul> |
|--|---|

#### I. Problemaufriss; Möglichkeiten der Einbeziehung der IAS/IFRS in die Einzelabschlüsse und steuerliche Auswirkungen

Die europäische Rechnungslegung erlebt eine grundlegende und noch nicht abgeschlossene Reform, seitdem der Europäische Gipfel von Lissabon vom 23. und 24.3.2000 das Ziel vorgab, bis zum Jahre 2005 eine volle Integration des Finanzmarktes zu erreichen. Die Mitteilung der Kommission an den Rat und an das Europäische Parlament zur „Rechnungslegungsstrategie der EU – Künftiges Vorgehen“ vom Juni 2000<sup>1</sup> gab den allgemeinen Rahmen für die Reformen der letzten fünf Jahre vor. Die als Folge des europäischen Harmonisierungsprozesses gestiegene Vergleichbarkeit der Jahresabschlüsse in den Mitgliedsstaaten führte zur Zielsetzung eines einheitlichen europäischen Rechnungslegungssystems. So wurden einerseits die internationalen Rechnungslegungsnormen (IAS)<sup>2</sup> als verpflichtend für die Konzernabschlüsse börsennotierter Unternehmen angestrebt. Andererseits wurde die Reform der Europäischen Bilanzrichtlinien vorgeschlagen, um auch diese an die genannten internationalen Rechnungslegungsnormen anzunähern.

Die gesetzlichen Folgen dieser Entwicklung ließen nicht lange auf sich warten. Die Verordnung 1606/2002 des Parlaments und des Rats vom 19.7.2002 (im Folgenden IAS-Verordnung) regelte in ihrem Art. 4, dass ab dem 1.1.2005 diejenigen Körperschaften eines Mitgliedsstaats, die bis zum Bilanzstichtag an einem regulierten Markt eines Mitgliedsstaats zugelassen worden waren, ihren Konzernabschluss nach den internationalen Rechnungslegungsnormen erstellen müssen. Art. 5 der Verordnung eröffnete den Mitgliedsstaaten die Möglichkeit, die Erstellung der Konzernabschlüsse nicht börsennotierter Körperschaften sowie der Einzelabschlüsse zu erlauben oder vorzuschreiben. Im Übrigen folgten aus der zweiten Zielsetzung der Mitteilung vom Juni 2000 die Richtlinie 2001/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 27.9.2000 (im Folgenden Fair-Value-Richtlinie)<sup>3</sup> und die Richtlinie 2003/51/EG des Europäischen Parlaments und des Rats vom 18.6.2003 (im Folgenden Modernisierungs-Richtlinie).<sup>4</sup> Beide modifizierten die Richtlinien 78/660/EWG und 86/635/EWG – die Modernisierungs-Richtlinie zudem die Richtlinie 91/674/EWG – bezüglich der Bewertungsvorschriften der Jahres- und Konzernabschlüsse bestimmter Körperschaften, Banken und anderer Finanzinstitute.

\* Dieser Aufsatz besteht aus zwei Teilen. Der erste Teil soll den Leser in den komplexen Prozess der internationalen Harmonisierung der Rechnungslegung und der Einbeziehung der IAS/IFRS in das spanische Rechnungslegungssystem einführen. Zudem soll in detaillierter Form dargestellt werden, welche Aktiva die Bewertung mit dem „Fair Value“ zulassen und welche Auswirkungen dies auf die Gewinn- und Verlustrechnung hätte (Gliederungspunkte I. und II.). Daran schließt sich eine Beurteilung an, die sich auf eine Analyse der häufigsten Argumente gegen die steuerliche Anerkennung der Neubewertungen mit dem „Fair Value“ konzentriert (Gliederungspunkte III.-V.).

1 KOM (2000) 359.

2 Die Reform des IASB von 2001 führte auch zu einer terminologischen Änderung. Während die Normen bis zu diesem Zeitpunkt Internationale Rechnungslegungsnormen (*International Accounting Standards*, IAS; spanisch: *Normas Internacionales de Contabilidad*, NIC) hießen, werden sie seit diesem Zeitpunkt Internationale Normen über Finanz-

informationen (*International Financial Reporting Standards*, IFRS; spanisch: *Normas Internacionales de Información Financiera*, NIIF) genannt.

3 Diese Reform ergänzt die Bilanz-Richtlinien um die Möglichkeit, bestimmte Aktiva (Finanzinstrumente) mit dem Fair Value (spanisch: *valor razonable*) zu bewerten, wodurch das traditionelle und bisher exklusive Anschaffungskostenprinzip überwunden wurde.

4 Die Modernisierungs-Richtlinie hat eine breitere Zielsetzung. Um die Bilanz-Richtlinien an die IAS/IFRS anzunähern, gleicht sie die Rückstellungsnormen an die internationale Rechnungslegung an und weitet den Anwendungsbereich des Fair Value über die Finanzinstrumente hinaus auf andere Aktiva aus. Die Verfasser konzentrieren sich vorliegend auf die wichtigsten Punkte der Reformen, auch wenn im Folgenden auf einige Detailfragen eingegangen wird. Zur Modernisierungs-Richtlinie aus spanischer Sicht vgl. *Sanz Gadea*, *Estudios Financieros* – *Revista de Contabilidad y Tributación*, Nr. 251, 2004, 81 (88 f.).

Der Reformprozess sorgte in denjenigen Mitgliedsstaaten, in denen die Unternehmensbesteuerung auf der handelsrechtlichen Rechnungslegung beruht, für eine verständliche Unruhe.<sup>5</sup> Während die jeweilige Bemessungsgrundlage bisher – wenn auch schon vorbehaltlich steuerrechtlicher Spezialvorschriften – auf den nationalen Rechnungslegungsnormen als Ausfluss der Richtlinie 78/660/EWG (im Folgenden Vierte Bilanzrichtlinie) beruhte, scheint die Lage nunmehr komplizierter. Die Auswirkungen der IAS/IFRS auf die Unternehmensbesteuerung hängen erheblich von den Entscheidungen des nationalen Gesetzgebers ab. Wie bereits erwähnt, schreibt die IAS-Verordnung lediglich die Anwendung der IAS/IFRS auf die Konzernabschlüsse börsennotierter Körperschaften vor. Die Einzelabschlüsse, welche der Steuerbilanz zugrunde liegen,<sup>6</sup> können gem. Art. 5 der IAS-Verordnung nach den mitgliedsstaatlichen Regelungen entweder auf Grundlage der IAS/IFRS oder auf Grundlage der bisherigen Bilanzierungsnormen zu erstellen sein. Man könnte zwar geneigt sein anzunehmen, dass trotz dieses Wahlrechts des nationalen Gesetzgebers die Reformen der Vierten Bilanzrichtlinie durch die Fair-Value-Richtlinie und die Modernisierungs-Richtlinie ohnehin zu einer Annäherung der Einzelabschlüsse an die internationalen Rechnungslegungsnormen führen. Wie eine Untersuchung der Reformtexte zeigt, täuscht dieser Eindruck jedoch. Tatsächlich räumt die Fair-Value-Richtlinie wie die Modernisierungs-Richtlinie den Mitgliedsstaaten uneingeschränkte Wahlrechte ein, welche die Beschränkung der Reformen ausschließlich auf die Konzernabschlüsse erlauben.<sup>7</sup>

Der spanische Gesetzgeber hat die ersten Schritte zur Klärung der unmittelbaren Zukunft der Einzelab-

schlüsse unternommen. So legt das Ley 62/2003, de 30 de enero, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social in seiner elften Schlussbestimmung fest, dass die IAS lediglich für die Konzernabschlüsse börsennotierter Körperschaften verpflichtend sind. Für die Konzernabschlüsse nicht börsennotierter Körperschaften besteht ein Wahlrecht.<sup>8</sup> Man könnte annehmen, dass durch diese Entscheidung das Problem der Auswirkungen der IAS/IFRS auf die steuerliche Bemessungsgrundlage endgültig aus dem Wege geräumt worden ist. Denn solche Auswirkungen bestehen nicht, wenn die IAS/IFRS nur auf die Konzernabschlüsse anwendbar sind. Durch diese Annahme würde man jedoch die verschiedenen Möglichkeiten verkennen, wie sich die IAS/IFRS auf die Einzelabschlüsse auswirken können. Denn dies kann nach dem Weißbuch (*Libro Blanco*) der Rechnungslegungsreform in Spanien auf direktem Wege geschehen (durch die Ausübung der Wahlrechte des Art. 5 der IAS-Verordnung) oder auf indirektem Wege (indem die nationalen Rechnungslegungsnormen an die IAS/IFRS angenähert werden).<sup>9</sup> Während der spanische Gesetzgeber die erste Möglichkeit verworfen hat, besteht die zweite Möglichkeit nach wie vor. Ein Weg der indirekten Einbeziehung der IAS/IFRS in die Regelung der Einzelabschlüsse folgt aus der Umsetzung der Fair-Value-Richtlinie und der Modernisierungs-Richtlinie in spanisches Recht. So enthält das Ley 62/2003 neben der Ausübung der Wahlrechte des Art. 5 der IAS-Verordnung die Umsetzung dieser beiden Richtlinien, wobei es einmal mehr die Einzelabschlüsse von den IAS/IFRS unberührt lässt.<sup>10</sup> Mit diesem Gesetz ist der Umsetzungsprozess der Modernisierungs-Richtlinie jedoch noch nicht abgeschlossen.<sup>11</sup> Und unabhängig von Inhalt und Zweck des Ley 62/2003 bezweifelt die

5 Vgl. für einen Überblick über die Umsetzung insbesondere in Deutschland, Großbritannien, Frankreich und Österreich das aktuelle Werk von Schön (Hrsg.), *Steuerliche Maßgeblichkeit in Deutschland und Europa*, 2005. Der vorliegende Aufsatz soll nicht zuletzt den in diesem Werk enthaltenen kurzen Überblick über die Umsetzung in Spanien (Wartenburger, Die IAS als Basis steuerlicher Rechnungslegung – Diskussion in anderen Mitgliedstaaten, S. 697, 707-713) ergänzen.

6 Der Ausdruck „Steuerbilanz“ (*balance fiscal*) ist ungenau. Trotzdem wird er häufig genutzt, um die Regelungen zu beschreiben, auf denen die Bemessungsgrundlage der Unternehmensbesteuerung basiert, und damit als Synonym für „Ermittlung der Bemessungsgrundlage“ (spanisch „*régimen de determinación de la base imponible*“). Für terminologische Details vgl. Báez Moreno, *Normas Contables e Impuesto sobre Sociedades*, 2005, S. 30 (FN 7).

7 Eine bemerkenswerte Ausnahme ist die Reform der Rückstellungen des Art. 1.7a) der Modernisierungsrichtlinie, welche für die Einzelabschlüsse verpflichtend ist. Auf die Wahlrechte der Modernisierungs-Richtlinie weist in Deutschland Ernst in *Steuerberater-Jahrbuch 2002/2003*, S. 229 (231) hin.

8 Dadurch hat sich Spanien in diejenige Gruppe von Mitgliedsstaaten eingereiht, welche die IAS/IFRS nur zurückhaltend umsetzt. So ist Spanien zusammen mit Österreich, Frankreich, Schweden, Tschechien und der Slowakei der einzige Mitgliedsstaat, welcher Körperschaften die Erstellung des Einzelabschlusses nach den IAS/IFRS weder vorgeschrieben noch erlaubt hat. Vgl. für die erfolgte und geplante Umsetzung der Wahlrechte der IAS-Verordnung in

den Mitgliedsstaaten das Dokument „Planned Implementation of the IAS Regulation (1606/2002) in the EU and EEA“ vom 17.1.2005, [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/accounting/docs/ias/ias-use-of-options\\_en.pdf](http://europa.eu.int/comm/internal_market/accounting/docs/ias/ias-use-of-options_en.pdf).

9 Informe sobre la situación actual de la contabilidad en España y líneas básicas para abordar su reforma (*Libro Blanco sobre la reforma de la contabilidad en España*). Madrid, Instituto de Contabilidad y Auditoria de Cuentas, 2002, S. 85 f.

10 Einzige Ausnahme sind zwei neue Informationen im Anhang der Einzelabschlüsse, nämlich Information 15 und 16 im Sinne des neuen Art. 200 des spanischen Aktiengesetzes (*Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas*). Es handelt sich jedenfalls um rein informative Vorkehrungen.

11 Nach der spanischen Literatur soll das stärkste Anzeichen für den nicht abschließenden Charakter der Umsetzung die Regelung der Rückstellungen sein. Während man hinsichtlich anderer Extreme wie beispielsweise der Bewertung von nicht zu den Finanzinstrumenten gehörenden Aktiva mit dem Fair Value gemäß dem durch die Fair-Value-Richtlinie in die Vierte Bilanzrichtlinie eingefügten Art. 42 e) davon ausgehen kann, dass der spanische Gesetzgeber das Wahlrecht stillschweigend dahingehend ausgeübt hat, dass die Bewertung mit dem Fair Value für die Einzelabschlüsse abgelehnt wurde, ist diese Schlussfolgerung hinsichtlich der Rückstellungen nicht möglich. Bezüglich der neuen Regelung der Rückstellungen in Art. 1.7a) der Modernisierungs-Richtlinie schweigt das Ley 62/2003 nämlich, obwohl die Umsetzung eine Änderung des spanischen Handelsgesetzbuches (*Código de Comer-*

Literatur<sup>12</sup> den Sinn eines Basierens von Einzel- und Konzernabschlüssen auf unterschiedlichen Regelungen und Zielsetzungen.

Beispiele für die indirekte Einbeziehung der IAS/IFRS in die spanische Rechnungslegung bestehen bereits. Schon in Kraft getreten ist der neue *Circular 4/2004 del Banco de España*<sup>13</sup> vom 22.9.2004, welcher sich an Kreditinstitute wendet und Vorschriften über Finanzinformationen sowie Modelle für Bilanzen enthält. Obwohl sich die Einleitung des *Circular* mehrfach auf die IAS-Verordnung bezieht, wovon man auf eine direkte Umsetzung dieser Verordnung schließen könnte, lässt der Inhalt des *Circular* im Übrigen nur die Schlussfolgerung zu, dass durch ihn die bereits existierenden Regelungen (des vorhergehenden *Circular 4/1991* vom 14.6.) an die IAS/IFRS angepasst wurden. Folglich richten sich die Einzelabschlüsse der Kreditinstitute nicht vollständig nach den IAS/IFRS, wie es die direkte Anwendung dieser Normen gem. Art. 5 der IAS-Verordnung voraussetzen würde. Vielmehr orientieren sie sich nur in einzelnen Punkten an den internationalen Normen. Noch im Gesetzgebungsprozess befindet sich das Gesetzesvorhaben zur Reform der handelsrechtlichen Rechnungslegung.<sup>14</sup> Dieses Gesetzesvorhaben sieht eine generelle indirekte Einbeziehung der IAS/IFRS in die spanische Rechnungslegung vor, wie es sich aus seiner Einleitung ergibt: „[...] unsere Vorschriften müssen im Einklang mit den Regelungen der IFRS der Europäischen Union stehen [...] In diesem Zusammenhang und aus den genannten Gründen erfolgt die vorliegende Reform der handelsrechtlichen Rechnungslegung des *Código de Comercio* [spanisches Handelsgesetzbuch] und des *TRLA* [spanisches Aktiengesetz]. Gestützt auf die Regelungen der Bilanzrichtlinien ist die Zielsetzung des vorliegenden Gesetzes die Anpassung an die Richtlinien der Europäischen Union über die IFRS in den grundlegenden Fällen, in denen diese Verordnungen der Kommission verpflichtende Regelungen enthalten.“<sup>15</sup> Das Gesetzesvorhaben zielt also auf eine Veränderung gera-

de der Normen, auf die das spanische Körperschaftsteuergesetz gem. Art. 10.3 TRLIS (*Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades*) für die steuerliche Gewinnermittlung verweist.

Sei es durch eine – kurzfristig unwahrscheinliche – direkte Einbeziehung oder durch eine indirekte Einbeziehung, die Orientierung der Einzelabschlüsse an den IAS/IFRS führt zu steuerrechtlichen Schwierigkeiten. Für die spanischen Steuern, die für die Gewinnermittlung über das Maßgeblichkeitsprinzip (*principio de determinación material*) des Art. 10.3 TRLIS auf die handelsrechtliche Rechnungslegung verweisen,<sup>16</sup> ergeben sich neue Fragestellungen. Denn die IAS/IFRS führen nicht nur zu einer punktuellen oder unbedeutenden Veränderung der traditionellen europäischen Rechnungslegung, sondern enthalten eine grundlegend andere Konzeption der Rechnungslegung und Zielsetzung. Während die traditionelle Rechnungslegung zugunsten der Gesellschaftsgläubiger auf den Schutz des Gesellschaftskapitals zielte, rücken die IAS/IFRS die Informationsfunktion der Bilanz zugunsten aktueller und zukünftiger Investoren in den Vordergrund.

In den vergangenen Jahren hat sich eine Diskussion über die Anwendung der IAS/IFRS mit steuerlichen Auswirkungen entwickelt. Zahlreich sind die Untersuchungen allgemeiner Fragen, wie der Vereinbarkeit der Zielsetzung der IAS/IFRS mit den Grundprinzipien der Steuerbilanz oder einzelner IAS/IFRS-Normen auf ihre steuerlichen Folgen.<sup>17</sup> Ergänzend dazu soll die folgende Vorgehensweise als Orientierung für die Vereinbarkeit der IAS/IFRS mit der Steuerbilanz dienen. So werden konkrete Aspekte der IAS/IFRS – einzelner sowie übergreifender Standards – beleuchtet. Zentraler Aspekt ist dabei die Bewertung bestimmter Aktiva mit dem Fair Value, die in den genannten Arbeiten häufig erwähnt wird, im Folgenden jedoch detailliert auf ihre steuerlichen Auswirkungen untersucht werden soll. In diesem Zusammenhang werden die hypothetischen<sup>18</sup> steuerlichen Auswirkungen von Gewinnen überprüft, die sich aus Neubewertungen mit dem

cio) und des spanischen Aktiengesetzes (*Ley de Sociedades Anónimas*, LSA) erfordern würde, vgl. *Sanz Gadea*, *Estudios Financieros – Revista de Contabilidad y Tributación*, Nr. 251, 2004, 81 (88, 93, 99); *Esteban Marina*, *Tribuna Fiscal*, Nr. 159, 2004, 85 (90, 94, 99); *Báez Moreno* (FN 6), S. 460.

12 *Herzig* in *Lüdicke* (Hrsg.), *Deutsches Steuerrecht im europäischen Rahmen*, 2004, S. 67 (74); *Herzig/Dauzenberg*, *Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis*, 1998, 33 f.; *Küting*, *DStR* 2000, 42; *Kahle*, *StuB* 24/2001, 1201 (1209); *Hennrichs* in *Ebling* (Hrsg.), *Besteuerung von Einkommen*, 2001, S. 301 (306 f.); *Link* in *Schön* (Hrsg.), (FN 5), S. 207 (244).

13 Dabei handelt es sich um für die der *Banco de España* unterstellten Finanzkörperschaften verbindliche Rechnungsvorschriften.

14 *Proyecto de ley de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea del 12 de mayo de 2006*, abrufbar auf [www.aeca.es](http://www.aeca.es).

15 Ein detaillierteres Dokument als das genannte Gesetzesvorhaben liegt zur Zeit noch nicht vor. Aus der Einleitung und, wie noch zu sehen sein wird, aus seinen einzelnen Regelungen ergeben sich jedoch bereits erste Anhaltspunkte für die bevorstehende Reform der spanischen Rechnungslegung.

16 Dabei handelt es sich in Spanien um die Körperschaftsteuer (Art. 10.3 del *Real Decreto Legislativo 4/2004*, de 5 de marzo, por el que se aprueba el *Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades*, TRLIS), um die Einkommensteuer (Art. 26.1 del *Real Decreto Legislativo 3/2004*, de 5 de marzo, por el que se aprueba el *Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, TRLIRPF) und um die Steuer über das Einkommen von Nichtansässigen (Art. 18.1 del *Real Decreto Legislativo 5/2004*, de 5 de marzo, de la *Ley del Impuesto sobre la Renta de los no residentes*). Anders als in Deutschland verweist in Spanien das Einkommensteuergesetz für die Gewinnermittlung auf das Körperschaftsteuergesetz, welches weiter auf das handelsrechtliche Jahresergebnis verweist.

17 Vgl. zuletzt in Deutschland *Herzig*, IAS/IFRS und steuerliche Gewinnermittlung. Eigenständige Steuerbilanz und modifizierte Überschussrechnung – Gutachten für das Bundesfinanzministerium, 2004; *Schön* in ders. (Hrsg.), (FN 5), S. 1-146; in Spanien *Sanz Gadea*, *Estudios Financieros – Revista de Contabilidad y Tributación*, Nr. 251, 2004, 81-158.

18 Wie bereits erwähnt, lässt in Spanien aktuell nur der *Circular 4/2004* den Fair Value auch für Einzelabschlüsse von Kreditinstituten zu, ansonsten gilt nach wie vor das Anschaffungskostenprinzip.

Fair Value ergeben. Dabei sind zwei grundlegende Themen von Interesse: Erstens das Konzept des Fair Value und die Frage, welche Aktiva eine solche Bewertung zulassen und ob sich diese Bewertung auf das Jahresergebnis auswirkt (Ziff. 2). Zweitens werden die Argumente gegen eine Besteuerung der Gewinne aus Neubewertungen mit dem Fair Value analysiert, wobei das Argument der Besteuerung nicht realisierter Gewinne (Ziff. 3) und das Argument der in den IAS/IFRS enthaltenen Wahlrechte (Ziff. 4) unterschieden werden. Daran schließen sich die Schlussfolgerungen an (Ziff. 5).

## II. Vom „Fair Value“ betroffene Aktiva und Auswirkung auf das Jahresergebnis<sup>19</sup>

Obwohl der Fair Value ein Konzept mit großer praktischer Relevanz ist, enthält das Rahmenkonzept für die Aufstellung und Darstellung von Abschlüssen (Framework) – in diesem Dokument finden sich die Grundlagen und Prinzipien der Rechnungslegung – keine Definition. Der Grund dafür liegt in der beschränkten Anwendbarkeit der Bewertung mit dem Fair Value auf bestimmte Aktiva, sodass eine Definition durch die jeweils einschlägigen IAS/IFRS erfolgt.

So definiert der IAS 39 (Finanzinstrumente: Ansatz und Bewertung)<sup>20</sup> in seinem Abs. 9 Fair Value als „die Summe, für welche zwischen interessierten und gut informierten Käufern und Verkäufern unter gleichberechtigten Bedingungen Aktiva ausgetauscht oder Passiva getilgt werden können.“<sup>21</sup> Die übrigen IAS mit

Bezug zum Fair Value wiederholen diese Definition.<sup>22</sup> Folglich stimmt das Konzept des Fair Value fast gänzlich mit dem Konzept des Marktwerts überein, wie es traditionell in der steuerrechtlichen Literatur beschrieben wird.<sup>23</sup> Die Grundidee ist also, dass die IAS/IFRS für bestimmte Aktiva abweichend vom traditionellen – wenn auch schon bisher mit verschiedenen Ausnahmen versehenen – Anschaffungskostenprinzip einen anderen Bewertungsgrundsatz einführen.

Da für die steuerliche Bemessungsgrundlage in Spanien das handelsrechtliche Jahresergebnis entscheidend ist,<sup>24</sup> werden die Neubewertungen mit dem Fair Value im Folgenden danach unterschieden, ob sie erfolgswirksam sind oder nicht.

### 1. Erfolgswirksame Neubewertungen

In diesem Abschnitt werden diejenigen drei Arten von Aktiva dargestellt, welche heute solche Neubewertungen zulassen.

Zunächst ist auf die diesbezüglichen Regelungen des IAS 39 (Finanzinstrumente: Ansatz und Bewertung) hinzuweisen. Dieser IAS, am 17.12.2003 durch das IASB reformiert, durch die Verordnung 2086/2004 der Kommission vom 19.11. mit einigen relevanten Änderungen in das Gemeinschaftsrecht eingeführt (im Folgenden IAS 39-Verordnung) und später durch die Verordnung 1864/2005 der Kommission vom 15.11.2005 reformiert, unterscheidet vier Arten von Finanzinstrumenten: Finanzielle Vermögenswerte, die erfolgswirksam mit dem Fair Value bewertet werden,<sup>25</sup> Finanzin-

19 Bekanntermaßen führt die IAS-Verordnung die IAS/IFRS nicht unmittelbar in das Gemeinschaftsrecht ein. Diese Kompetenz hat die Kommission, welche vom Rechnungslegungs-Komitee unterstützt wird und die IAS/IFRS durch Verordnungen erlassen kann. Normalerweise hat die Kommission die IAS/IFRS en bloc ohne Veränderungen erlassen. Erhebliche Unterschiede in der Umsetzung bestehen jedoch gerade bei den Finanzinstrumenten (Verordnung (EG) 2086/2004 vom 19.9.). Natürlich bezieht sich der vorliegende Aufsatz auf die IAS/IFRS in der umgesetzten Version, nur vereinzelt werden sie in ihrer originären Version zitiert.

20 Eingeführt durch die Verordnung 2086/2004 der Kommission vom 19.9. In der Regel wird auf die Definition des IAS 39 zurückgegriffen, weil die Bewertung mit dem Fair Value zuallererst auf die Finanzinstrumente anwendbar ist und in einem weiteren Schritt auf andere Aktiva erweitert wird, vgl. Baetge/Zülch/Matena, StuB 2002, 366.

21 Interessanterweise findet sich eine fast wortgleiche Wiederholung dieser Definition in dem Circular 4/2004 (Norm 12, Abs. 7), der, wie gesehen, das erste spanische Beispiel für einen indirekten Einfluss der IAS/IFRS auf den Einzelabschluss ist. Das erwähnte Gesetzesvorhaben wird weniger deutlich und sieht in seinem Art. 38 bis.2 vor, dass der Fair Value sich unter Berücksichtigung eines verlässlichen Marktwerts berechnet. In den Fällen, in denen ein solcher verlässlicher Marktwert nicht verfügbar ist, soll sich der Fair Value aus Modellen und Bewertungsmethoden ergeben, die durch Durchführungsverordnungen festgelegt werden sollen.

22 So IAS 16.6 (materielles Anlagevermögen); IAS 38.8 (immaterielle Aktiva); IAS 40.5 (als Finanzinvestition gehaltene Immobilien) und IAS 41.8 (Landwirtschaft). Die IAS 16, 40 und 41 werden in der Version der Verordnung 2238/2004 der Kommission vom 29.12. zitiert, der IAS 38 in der

Version der Verordnung 2236/2004 der Kommission vom 29.12.

23 Diese Feststellung ist allgemein anerkannt, vgl. für Deutschland u.a. Baetge/Zülch/Matena, StuB 2002, 366; Bohl in Beck'sches IFRS-Handbuch, 2004, § 1 Rz. 100; Schön in Schön (Hrsg.), (FN 5), S. 1 (94); Heuser/Theile/Pawelzik, IAS/IFRS-Handbuch, Einzel- und Konzernabschluss, 2. Aufl., 2005, S. 123; vgl. für Spanien (valor de mercado) u.a. Esteban Marina, Tribuna Fiscal, Nr. 159, 2004, 75 (79); Esteban Marina, Tribuna Fiscal, 164/2004, 71 (77); Báez Moreno (FN 6), S. 475.

24 Wie bereits erwähnt, verweist Art. 10.3 TRLIS auf das handelsrechtliche Jahresergebnis und damit auf den Saldo der Gewinn- und Verlustrechnung (*cuenta de pérdidas y ganancias*). Damit eine handelsrechtliche Neubewertung also steuerliche Auswirkungen im jeweiligen Wirtschaftsjahr haben kann, muss sie in einem Konto der Gewinn- und Verlustrechnung gebucht werden. Dies ergibt sich auch, wenn auch für einen anderen Typus von Neubewertungen, klar aus dem Wortlaut des Art. 15.1 TRLIS: „Der Betrag der handelsrechtlichen Neubewertungen wird nicht Teil der steuerlichen Bemessungsgrundlage, wenn diese nicht auf der Grundlage von Normen erfolgen, welche die Einbeziehung des Betrages in das handelsrechtliche Jahresergebnis vorschreiben.“

25 Ein solches Finanzinstrument setzt nach der Definition von IAS 39.9 voraus, dass es als zu Handelszwecken gehalten eingestuft ist oder beim erstmaligen Ansatz vom Unternehmen als erfolgswirksam zum Fair Value zu bewerten eingestuft wird. Wegen der letzteren Voraussetzung hängt die Zuordnung der Aktiva zu diesen Finanzinstrumenten und die damit verbundene erfolgswirksame Bewertung mit dem Fair Value vom Willen des Unternehmens ab. Diese sog. „Fair Value option“ wird unten noch unter Gliederungspunkt IV näher beleuchtet.

strumente, die bis zur Endfälligkeit gehalten werden,<sup>26</sup> von der Gesellschaft ausgereichte Darlehen und Kredite<sup>27</sup> und Finanzinstrumente, die zur Veräußerung verfügbar sind.<sup>28</sup> Von diesen vier Arten von Finanzinstrumenten werden nach den Verordnungs-IAS 39 und 46 die finanziellen Vermögenswerte, die erfolgswirksam mit dem Fair Value bewertet werden sowie die Finanzinstrumente, die zur Veräußerung verfügbar sind, mit dem Fair Value bewertet; erfolgswirksam sind jedoch nur die ersteren (IAS 39.55-Verordnung).

Die zweite Gruppe der betroffenen Aktiva ist die der als Finanzinvestition gehaltenen Immobilien, definiert als Immobilien (Grundstücke oder Gebäude – oder Teile von Gebäuden – oder beides), die (vom Eigentümer oder vom Leasingnehmer im Rahmen eines Finanzierungsleasingverhältnisses) zur Erzielung von Mieteinnahmen und/oder zum Zwecke der Wertsteigerung gehalten werden (IAS 40.5-Verordnung<sup>29</sup>). Nach IAS 40.30-Verordnung wird dem Unternehmen die Wahl zwischen dem Modell des Fair Value und dem Anschaffungskostenmodell gelassen.<sup>30</sup> Wenn das Modell des Fair Value gewählt wird, sind die entsprechenden Neubewertungen erfolgswirksam gem. IAS 40.35-Verordnung.

Schließlich sieht IAS 40-Verordnung (Landwirtschaft) die Bewertung mit dem Fair Value für biologische Vermögenswerte (Pflanzen und lebende Tiere) und landwirtschaftliche Erzeugnisse (Früchte der biologischen Vermögenswerte des Unternehmers) vor. Die Neubewertungen sind gem. IAS 41.26-29-Verordnung erfolgswirksam.

## 2. Erfolgsneutrale Neubewertungen

Wie bereits erwähnt, ist nach den IAS/IFRS nicht jede Bewertung mit dem Fair Value erfolgswirksam. Vielmehr existieren einige Fälle, in denen die Neubewertung in das Eigenkapital in den Posten Neubewertungsrücklage einzustellen sind. Diese Fälle mit geringer steuerlicher Relevanz sind die folgenden: Der IAS 16-Verordnung (materielles Anlagevermögen) eröffnet dem Unternehmen für die Folgebewertung die Möglichkeit, zwischen dem Anschaffungskostenmodell und dem Neubewertungsmodell zu wählen (IAS 16.29-Verordnung). Die Wahl des Neubewertungsmodells (Bewertung mit dem Fair Value) führt bei einer Wertsteigerung zu einer Buchung als Neubewertungs-

rücklage (IAS 16.39-Verordnung), die Wertsteigerung ist also nicht erfolgswirksam.

Entsprechendes gilt gem. IAS 38.75,85-Verordnung für immaterielle Vermögenswerte, wenn unter den dort geforderten und wohl selten gegebenen Voraussetzungen das Neubewertungsmodell gewählt wird.

Schließlich sieht IAS 39.46-Verordnung die Bewertung von zur Veräußerung verfügbaren Vermögenswerten mit dem Fair Value vor. Nach IAS 39.55b)-Verordnung sind Gewinn und Verlust in der Aufstellung über die Veränderung des Eigenkapitals solange direkt im Eigenkapital zu erfassen, bis der finanzielle Vermögenswert ausgebucht wird. Erst der letztere Vorgang ist daher erfolgswirksam.

Für die Bewertung mit dem Fair Value in Spanien gilt nach der bereits erwähnten indirekten Umsetzung das Folgende: Der *Circular 4/2004* ist sehr zurückhaltend im Gebrauch der Bewertung mit dem Fair Value, sodass sich nur für Finanzinstrumente eine mit den IAS/IFRS und den IAS/IFRS-Verordnungen vergleichbare Regelung findet.<sup>31</sup> So enthält Norm 22 des *Circular* (Ansatz, Klassifizierung und Bewertung der Finanzinstrumente) eine Auflistung der Finanzinstrumente, welche der des IAS 39-Verordnung sehr ähnelt.<sup>32</sup> Unterschieden werden auch hier erfolgswirksam mit dem Fair Value zu bewertende Finanzinstrumente (*activos financieros a valor razonable con cambios en pérdidas y ganancias*, Norm 22B)a)), bis zur Endfälligkeit gehaltene Finanzinvestitionen (*cartera de inversión a vencimiento*, Norm 22B)b)), Kredite und Forderungen (*inversiones crediticias*, Norm 22 B)c)) und zur Veräußerung verfügbare finanzielle Vermögenswerte (*activos financieros disponibles para la venta*, Norm 22 B)d)). Auch hier lassen die erste und die letzte Kategorie die Bewertung mit dem Fair Value zu (Norm 22 E), aber nur die erste Kategorie ist erfolgswirksam (Norm 22 G). Zu Recht wird in der spanischen Literatur<sup>33</sup> festgestellt, dass die genannten Vorschriften nur wenig von ihrer Vorgängerregelung des *Circular 4/1991* abweichen, welcher ähnliche Bewertungsnormen für das sog. Handels-Portfolio (*cartera de negociación*) und das sog. Investitions-Portfolio (*cartera de inversión*) enthielt. Problematisch sind allerdings die neue, zu Auslegungsschwierigkeiten führende Definition der erfolgswirksam mit dem Fair Value zu bewertenden Finanzinstrumente<sup>34</sup> sowie die Bewertung der Derivate ohne Sicherungszweck (*instrumentos derivados sin finalidad de cobertura*), welche nach dem *Circular*

26 Sie werden definiert als nicht derivative finanzielle Vermögenswerte mit festen oder bestimmbar Zahlungen sowie einer festen Laufzeit, die das Unternehmen bis zur Endfälligkeit halten will und kann.

27 Dies sind nach der Definition nicht derivative finanzielle Vermögenswerte mit festen oder bestimmbar Zahlungen, die nicht in einem aktiven Markt notiert sind.

28 Diese werden definiert als nicht derivative finanzielle Vermögenswerte, die als zur Veräußerung verfügbar klassifiziert sind und nicht als (a) Kredite und Forderungen, (b) bis zur Endfälligkeit gehaltene Investitionen oder (c) finanzielle Vermögenswerte, die erfolgswirksam zum Fair Value bewertet werden oder deren Fair Value angegeben wird.

29 Wie gesehen wurde der IAS 40 durch die Verordnung 2238/2004 der Kommission vom 22.12. erlassen. Obwohl

diese Verordnung auch andere IAS enthielt, wird sie im Folgenden IAS 40-Verordnung genannt.

30 Die steuerliche Problematik dieses Wahlrechts wird unter Gliederungspunkt IV erörtert.

31 Was nicht weiter überrascht, schließlich richtet sich der *Circular* an Kreditinstitute.

32 Trotzdem bestehen in der Definition der Finanzinstrumente relevante Unterschiede auch mit steuerlichen Auswirkungen. Näheres dazu wegen des Zusammenhangs mit den dort erörterten Wahlrechten unter Gliederungspunkt IV.

33 Sanz Gadea, *Revista de Contabilidad y Tributación*, Nr. 263, 2005, 93 (99); Esteban Marina, *Tribuna Fiscal*, 164/2004, 71 (78).

34 Die steuerlichen Auswirkungen dieser Problematik werden weiter unten untersucht.

4/2004 stets erfolgswirksam mit dem Fair Value bewertet werden.<sup>35</sup> Jedenfalls gibt der *Circular* Anhaltspunkte für eine Diskussion über die Besteuerung von Gewinnen aus der Bewertung mit dem Fair Value auf Grundlage der aktuell gültigen Rechtslage, also nicht nur auf Grundlage mittelfristig möglicher Entwicklungen der handelsrechtlichen Rechnungslegung.

Das bereits erwähnte Gesetzesvorhaben – *Proyecto* – schreibt die Fair-Value-Bewertung für die Finanzinstrumente aus einem Handels-Portfolio, für die zur Veräußerung verfügbaren Vermögenswerte und für die Finanzderivate vor. Wie nach IAS 39 und IAS 39-Verordnung sind die Wertveränderungen der erstgenannten Kategorie erfolgswirksam (Art. 38.bis.3 des Gesetzesvorhabens), während die Wertveränderungen der zweitgenannten Kategorie unmittelbar dem Eigenkapital zugeordnet werden (Art. 38.bis.3.a des Gesetzesvorhabens). Darüber hinaus eröffnet Abs. 5 des Art. 38.bis die Möglichkeit, in einer Durchführungsverordnung die Fair-Value-Bewertung anderer Aktiva als der soeben genannten Finanzinstrumente zuzulassen. Einschränkend soll diese Vorgehensweise jedoch nur für diejenigen Aktiva möglich sein, die nach den einschlägigen Verordnungen der Kommission ausschließlich mit dem Fair Value zu bewerten sind. Das heißt, dass praktisch nur die landwirtschaftlichen Aktiva in Betracht kommen, weil die IAS und die IAS-Verordnung – wie gesehen – für das materielle wie immaterielle Anlagevermögen und für die Finanzanlagen das Wahlrecht zwischen dem Anschaffungskostenmodell und dem Modell des Fair Value einräumen. Wie der *Circular* 4/2004 behält das Gesetzesvorhaben die Fair-Value-Bewertung ausschließlich den Finanzinstrumenten vor.

### III. Die Neubewertung mit dem „Fair Value“ und das Problem der Besteuerung nicht realisierter Gewinne

Einer der stärksten Kritikpunkte an der Besteuerung von Neubewertungen mit dem Fair Value ist die noch nicht eingetretene Realisation der entsprechenden Gewinne. Im Folgenden soll untersucht werden, ob dieses Gegenargument schlagkräftig ist und ob es für alle für die Fair-Value-Bewertung vorgesehenen Aktiva gleichermaßen gilt.

Die Steuergesetze und die Steuerrechtslehre haben die finanzwissenschaftlichen Einkommenskonzepte vom Beginn des 20. Jahrhunderts aufgeweicht. Die Definition des Einkommens als „Geldwert des Nettozuwachses der Konsumkapazität eines Individuums während eines bestimmten Zeitraums“ (sog. Schanz/Haig/Simons-Konzept)<sup>36</sup> wurde in erster Linie aus Praktikabilitätsgründen<sup>37</sup> eingeschränkt. Eine der bedeutendsten Einschränkungen ist das Realisationsprinzip (*principio de realización*).<sup>38</sup>

Die heute gegen die Fair-Value-Bewertung vorgebrachten Argumente stimmen im Wesentlichen mit den traditionellen Argumenten gegen die Besteuerung nicht realisierter Gewinne überein. Zu den herkömmlich zwei Kritikpunkten hat sich jüngst ein drittes Gegenargument gesellt.

#### 1. Das Argument der fehlenden Liquidität

Die Besteuerung nicht realisierter Gewinne kann zu Situationen der Illiquidität führen, welche den Steuerpflichtigen äußerstenfalls dazu zwingen können, zur Tilgung der Steuerschuld den Gewinn durch die Veräußerung der betroffenen Aktiva zu realisieren.<sup>39</sup> Auf

35 Der *Circular* 4/1991 unterschied noch zwischen spekulativen Derivaten (auf einem organisierten Markt gehandelt, die Gewinne und Verluste des jeweiligen Wirtschaftsjahrs waren erfolgswirksam) und nicht spekulativen Derivaten (nicht auf einem organisierten Markt gehandelt, die Gewinne und Verluste wurden erst bei Ausführung der Operation in der Gewinn- und Verlustrechnung gebucht). Vgl. zur Bedeutung der nicht spekulativen Derivate *Herranz Martín/Costa Toda/Zamora Ramírez/María Machota*, Monografías sobre las Normas Internacionales de Información Financiera, Tomo IV, 2004, S. 29-31; zu den Änderungen im Vergleich zum *Circular* 4/1991 bezüglich der IAS/IFRS und der Finanzderivate vgl. *Sanz Gadea*, Estudios Financieros – Revista de Contabilidad y Tributación, Nr. 251, 2004, 81 (135 f.) und Revista de Contabilidad y Tributación, Nr. 263, 2005, 93 (99).

36 Diese Definition stammt aus *Haig* in *Haig* (Hrsg.), *The Federal Income Tax*, 1921, S. 27. Sie stützt sich auf die Reinvermögenszugangstheorie (*Wealth accrual concept of income*). Vgl. zu den verschiedenen Einkommenstheorien *Holmes*, *The concept of income*, A multidisciplinary analysis, 2001, S. 55-82; *Ruppe* in *Herrmann/Heuer/Raupach*, Einkommensteuer- und Körperschaftsteuergesetz, Kommentar, Band 1, 2005, Einf. Est. Anm. 12-13; *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung, Band II, Steuerrechtstheorie, Anwendung auf alle Steuerarten, sachgerechtes Steuersystem, 2. Aufl., 2003, S. 624-627.

37 *Lang* in *Ruppe* (Hrsg.), Gewinnrealisierung im Steuerrecht, Theorie und Praxis der Gewinnverwirklichung durch Umsatzakt und durch Steuerentstrickung sowie des Besteuerungsaufschubs, 1981, S. 45 (59); zu den Einschränkungen der Reinvermögenszugangstheorie in den USA (*Gross Income*) vgl. *Tipke* (FN 36), S. 630 m.w.N.

38 Im spanischen Recht findet es sich in Art. 38.1.c CCom sowie in Teil 1 PGC (*Plan General de Contabilidad*, der allgemeine spanische Kontenrahmen): „Nach diesem Prinzip [...] sind in der Bilanz nur die zum Bilanzstichtag realisierten Gewinne auszuweisen“ und „Bilanziert werden nur die zum Bilanzstichtag realisierten Gewinne.“

39 Vgl. dazu in Spanien *Palao Taboada*, Hacienda Pública Española, Nr. 9, 1971, 35 (66 f.); *Falcón y Tella*, Quincena Fiscal, Nr. 2, 1998, 5; in Deutschland *Vogel*, StuW 1974, 193 (199 f.); *Lang* in *Ruppe* (Hrsg.), (FN 37), S. 45 (66 f.); *Lang*, Die Bemessungsgrundlage der Einkommensteuer, Rechtssystematische Grundlagen steuerlicher Leistungsfähigkeit im deutschen Einkommensteuergesetz, 1988, S. 173 f.; *Tipke* in *Ruppe* (Hrsg.), (FN 37), S. 1 (5); *Hey* in *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 18. Aufl., 2005, S. 692 (§ 17 Rz. 202); *Knobbe-Keuk*, Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, 9. Aufl., 1993, S. 270; *Costede*, StuW 1996, 19 (21); *Beiser*, Österreichische Steuer-Zeitung, Nr. 14/2001, 335; in den USA *Evans*, Taxes, Nr. 67, 1989, 824 (825); *Brown*, San Diego Law Review, Nr. 33, 1996, 1559 (1560); *Zelinsky*, Cardozo Law Review, Nr. 19, 1997, 861 (862).

dasselbe Argument stützen sich, wie bereits angedeutet, die Gegner einer Besteuerung von Neubewertungen mit dem Fair Value nach einer etwaigen Einbeziehung der IAS/IFRS in die Einzelabschlüsse.<sup>40</sup> Obwohl das Argument der Illiquidität auf den ersten Blick überzeugend klingt, kann es durch vergleichende (bereits erfolgende Besteuerung anderer nicht realisierter Unternehmensgewinne), quantitative (seltenes Auftreten der befürchteten Illiquidität) und qualitative (Möglichkeiten zur Vermeidung der befürchteten Illiquidität) Gesichtspunkte entkräftet werden.

Zunächst existieren im spanischen Unternehmenssteuerrecht bereits mehrere Tatbestände der Besteuerung nicht liquiden Einkommens. Dazu gehören wegen des Maßgeblichkeitsprinzips des Art. 10.3 TRLIS diejenigen Fälle, in denen sich nicht liquide Wertzuwächse im handelsrechtlichen Jahresergebnis wiederfinden. Die deutlichsten Beispiele in der Rechnungslegung sind die zeitliche Zuordnung von Erträgen aus Werkverträgen mit Bauunternehmen nach der percentage-of-completion-Methode (*método del porcentaje de realización*)<sup>41</sup> sowie die Finanzerträge aus Beteiligungen an Währungsmarktfonds (*participaciones en Fondos de Inversión en activos del Mercado Monetario, F.I.A.M.M.*).<sup>42</sup> Im Übrigen erfassen die steuerrechtlichen Normen selbst in einigen Fällen illiquide Wertzuwächse, beispielsweise in Art. 15.2 TRLIS für die Bewertung von Schenkungen und von innergesellschaftlichen Übertragungen, in Art. 15.1 TRLIS für Neubewertungen oder in Art. 17.1 TRLIS für die Bewertung beim Wechsel der Niederlassung oder bei Aufgabe der Betriebsstätte.<sup>43</sup> Fraglich ist allerdings, ob durch diese Tatbestände der Besteuerung der illiquiden Wertzuwächse die steuerliche Erfassung von Neubewertungen mit dem Fair Value gerechtfertigt werden können. Denn die deutsche wie teilweise auch die spanische<sup>44</sup> Lehre hat diese Sondertatbestände anerkannt, um die steuerfreie

Auflösung aufgrund des Anschaffungskostenprinzips entstandener stiller Reserven im Betriebsvermögen zu vermeiden. Diese Sondertatbestände sollen aber nur als Ultima Ratio zulässig sein.<sup>45</sup> Eine solche Konstellation liegt jedoch bei der Besteuerung der Wertsteigerungen aus der Fair-Value-Bewertung nicht vor, da im Wirtschaftsjahr der Neubewertung kein Risiko besteht, die Möglichkeit der Besteuerung der stillen Reserven endgültig zu verlieren. Aus diesem Grund könnte man geneigt sein, die Fair-Value-Bewertung wegen der Besteuerung nicht realisierter Gewinne abzulehnen. Im spanischen Recht existieren allerdings bereits weitere Fälle der Besteuerung nicht realisierter Gewinne, die nicht durch die letztmögliche Besteuerung von stillen Reserven gerechtfertigt sind. So lässt Art. 15.1 TRLIS<sup>46</sup> die Besteuerung handelsrechtlicher Neubewertungen zu, wenn ein Gesetz oder eine Durchführungsverordnung deren Erfolgswirksamkeit vorsieht.<sup>47</sup> Es liegt auf der Hand, dass die Ultima Ratio-Rechtfertigung hier nicht greift, da für die Besteuerung ohne Weiteres die Veräußerung der betroffenen Aktiva abgewartet werden könnte. Darüber hinaus ist aber der Ultima Ratio-Gedanke auch zu eng. Denn er berücksichtigt ausschließlich qualitative (subjektive und objektive) Kriterien: So verlagert er die Besteuerung nach vorn auf den Zeitpunkt, nach dem die stillen Reserven sonst nicht mehr bei demjenigen Steuerpflichtigen besteuert werden könnten, bei dem sie entstanden sind (subjektive Gründe)<sup>48</sup>, oder auf den Zeitpunkt, nach dem sie den Besteuerungszugriff endgültig verlassen (objektive Gründe).<sup>49</sup> Beschränkt man die Rechtfertigung der Besteuerung nicht realisierter Gewinne auf diese Theorie, so wird die Bedeutung der Periodisierung der Besteuerung vernachlässigt.<sup>50</sup> Denn aus dem Zweck der Steuerbilanz – der periodengerechten Gewinnermittlung nach der steuerlichen Leistungsfähigkeit<sup>51</sup> – kann man mit einer sich im Vordringen befindlichen Ansicht das

40 Vgl. für Deutschland Fülber/Gassen, DB 1999, 1511 (1512); Hennrichs in Ebling (Hrsg.), (FN 12), S. 301 (316 f.); Euler, BB 2002, 875 (878); Schütz, Der Maßgeblichkeitsgrundsatz gem. § 5 Abs. 1 EStG – ein Fossil?, zugl. Univ. Diss., Münster 2002, S. 243; Kahle, Internationale Rechnungslegung und ihre Auswirkungen auf Handels- und Steuerbilanz, 2002, S. 201 f.; Kahle, WPg 2002, 178 (186); Kahle, WPg 2003, 262 (271); Herzig in J. Lüdicke (Hrsg.), (FN 12), S. 67 (82); Herzig (FN 17), S. 29, 223; Herzig/Bär, DB 2003, 1 (5); Schneider, BB 2003, 299 (301 f.); Schön, European Taxation, 2004, 426 (435, 439); Schön in Schön (Hrsg.), (FN 5), S. 1 (23, 37, 96); Schön, Tax Law Review, Vol. 58, Nr. 2, 2005, 111 (137-139); Arnold, StuW 2005, 148 (154).

41 Vgl. Norm 18 der Rechtsverordnung vom 27.1.1993 zur Anpassung des PGC für die Bauunternehmen (*adaptación del Plan General de Contabilidad a las Empresas Constructoras*).

42 Vgl. die Resolution des Instituts für Rechnungslegung und Wirtschaftsprüfung (*Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, ICAC*) vom 27.7.1997, wonach der Beteiligungsgewinn, welcher sich aus der Differenz zwischen Veräußerungspreis zum Bilanzstichtag und Buchwert ergibt, durch Erhöhung des Buchwerts als Finanzertrag zu buchen ist; kritisch dazu Falcón y Tella, Quincena Fiscal, Nr. 2, 1998, 5 (5-7).

43 Auf diese Tatbestände wies bereits zur alten Rechtslage Combarros Villanueva, La empresa y su valoración en el Impuesto sobre el Patrimonio, Análisis contable y jurídico-tributario, 1987, S. 335-338 hin; vgl. zudem Báez Moreno (FN 6), S. 480 und für die USA Schenk, Tax Law Review, Vol.

57, Nr. 3, 2004, 355 (361 f.).

44 Villaró in Civitas, Comentarios al Impuesto sobre Sociedades, Tomo I, Régimen General del Impuesto, 1998, S. 593; zur Begrifflichkeit der stillen Reserven (*reservas ocultas*) im spanischen Recht vgl. Báez Moreno (FN 6), S. 209-217.

45 Tipke in Ruppe (Hrsg.), (FN 37), S. 1 (5); Hey in Tipke/Lang (FN 39), S. 700, § 17 Rz. 231; Beisse in Ruppe (Hrsg.), (FN 37), S. 13 (28 f.); Pezzer in Doralt (Hrsg.), Probleme des Steuerbilanzrechts, 1991, S. 3 (23); Knobbe-Keuk (FN 39), S. 271; Costede, StuW 1996, 19 (20 f.); Hennrichs in Ebling (Hrsg.), (FN 12), S. 301 (317).

46 So mit kritischem Blick auf Art. 15 des alten Ley 61/1978 auch Combarros Villanueva (FN 43), S. 338-340.

47 Nach der spanischen Steuerrechtslehre sind die Neubewertungen i.S.d. Art. 15.1 TRLIS nur solche i.S.d. sog. Bilanzaktualisierungsgesetze (*leyes de actualización de balances*). Teilweise werden auch die Neubewertungen zur Wahrung des *imagen fiel* (true and fair view) einbezogen, vgl. etwa Báez Moreno (FN 6), S. 189-197.

48 Dazu gehören die Wertsteigerungen i.S.d. Art. 15.2 TRLIS.

49 Dazu zählen die Wertsteigerungen i.S.d. Art. 17 TRLIS.

50 Aufschlussreich dazu zum deutschen Recht Beisse in Ruppe (Hrsg.), (FN 37), S. 13 (15): „Dieses Entstrickungsprinzip [...] dient der Erfassung des steuerrechtlichen Totalgewinns des einzelnen Steuersubjekts durch den (inländischen) Steuergläubiger. Es nimmt keine Rücksicht auf eine nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen ausgerichtete periodengerechte Gewinnermittlung.“

51 Vgl. die Nachweise bei Báez Moreno (FN 6), S. 116-126.



Erfordernis ableiten, dass ein Wertzuwachs demjenigen Wirtschaftsjahr zuzuordnen ist, in dem er auftritt,<sup>52</sup> also nicht erst dem Wirtschaftsjahr eines späteren Realisationszeitpunkts. Ein Aufschub der Besteuerung des Wertzuwachses würde daher gegen den steuerlichen Bilanzzweck verstoßen. Mit anderen Worten kann man schlussfolgern, dass das Leistungsfähigkeitsprinzip (*principio de capacidad económica*) unter dem Gesichtspunkt der korrekten Periodisierung die Besteuerung nicht realisierter Gewinne fordern kann. Als Zwischenergebnis bleibt festzuhalten, dass die Steuergesetze selbst bereits in einigen Fällen die Besteuerung nicht realisierter Gewinne vorsehen.

Aus einer vergleichenden Perspektive spricht zudem gegen das Gegenargument der Illiquidität, dass der spanische Steuergesetzgeber sich durch das Maßgeblichkeitsprinzip des Art. 10.3 TRLIS gegen das Kassenprinzip ausgesprochen hat. Unabhängig von der Art der Konkretisierung des Realisationsprinzips in Spanien<sup>53</sup> stellt Art. 19.1 TRLIS klar, dass das Kassenprinzip keine Anwendung findet („[...] unabhängig von dem Zeitpunkt des Geld- oder Finanzflusses“). Dann ist es aber widersprüchlich, wenn man die Besteuerung eines Ertrags wegen seiner fehlenden Liquidität ablehnt, obwohl die Periodisierung ansonsten unabhängig von einem tatsächlichen Zufluss im Sinne des Kassenprinzips erfolgt. Man kann also das Maßgeblichkeitsprinzip und die damit verbundene Periodisierung kritisieren und alternative Modelle vorschlagen, innerhalb des gegebenen Periodisierungssystems sollte man sich jedoch gegen die Besteuerung eines bestimmten Ertrags nicht wegen des fehlenden tatsächlichen Zuflusses (Liquidität) wenden.<sup>54</sup>

Ferner stellt sich die Frage nach der Bedeutung von Liquidität in einem Steuersystem, welches klar zwischen der Realisation eines Ertrags und der Fälligkeit der Steuerforderung unterscheidet. Selbst bei realisierten Gewinnen ist es denkbar, dass zum Zeitpunkt der Fälligkeit der entsprechenden Steuerforderung keine Liquidität mehr gegeben ist.<sup>55</sup> Unter bestimmten Voraussetzungen ist für solche Fälle eine Steuerstundung oder eine Ratenzahlung möglich. Dies zeigt, dass die Frage der Liquidität im Steuersystem nur eine untergeordnete Rolle spielt.<sup>56</sup>

Aus quantitativer Sicht wird zunehmend die Frage gestellt, ob Situationen der Illiquidität überhaupt eine der Häufigkeit nach bedeutsame Folge der Besteuerung nicht realisierter Gewinne sind.<sup>57</sup> So haben empirische Studien versucht nachzuweisen, dass nur eine sehr reduzierte Anzahl von Steuerzahlern von dem Problem der Illiquidität betroffen ist.<sup>58</sup>

Schließlich spricht ein drittes, qualitatives Argument gegen die Relevanz der Liquidität im Zusammenhang mit der Besteuerung nicht realisierter Gewinne. Denn es ist fraglich, ob Ausnahmesituationen der Illiquidität der Besteuerung nicht realisierter Gewinne per se entgegenstehen, oder ob nicht vielmehr für solche Fälle Instrumente existieren, um die unerwünschten Effekte zu vermeiden. Eine erste von der Steuerrechtslehre genannte Möglichkeit ist die Sicherung der Liquidität des Steuerpflichtigen durch Kredite, die durch die neubewerteten Aktiva selbst gesichert werden.<sup>59</sup> Allerdings wird diese Möglichkeit von den Gegnern der Besteuerung nicht realisierter Gewinne dahingehend als Gegenargument genutzt, als auf die Unvollkommenheit der Kapitalmärkte und die daraus resultierenden Schwierigkeiten hingewiesen wird, sich einen Kredit zu beschaffen, der durch eine nicht realisierte Wertsteigerung gesichert ist.<sup>60</sup> Üblicherweise begnügen sich diese Kritiker jedoch mit der Ablehnung der Kreditlösung, ohne auf weitere Lösungsmöglichkeiten einzugehen.<sup>61</sup>

Statt der Verweisung des Steuerpflichtigen an die Kapitalmärkte ist eine gesetzliche Lösung notwendig. In der nordamerikanischen Lehre wurde deshalb der Begriff des Staates als „oberster Kreditgeber“ geprägt.<sup>62</sup> Danach muss der Staat selbst die Lösung für das Problem anbieten, das durch seine Gesetzgebung in Ausnahmefällen auftreten kann. Doch auch hier ist Vorsicht geboten: So wird seit einigen Jahren als Bedingung für die Zulässigkeit der Besteuerung nicht realisierter Gewinne gefordert, eine sofortige Entschädigung für Verluste, Liquiditätshilfen und – für den Fall der späteren Realisation der betroffenen Aktiva zu einem geringeren Wert – eine Zurückgewährung der „zu Unrecht erhobenen Steuern“ samt Zinsen zu re-

52 Diese nicht unproblematische Zuordnung wird noch weiter unten behandelt.

53 Vgl. zu dieser Streitfrage Báez Moreno, *Revista Española de Derecho Financiero*, Nr. 128, 2005, 851 (872-885).

54 Vgl. auch Dauber, *Das Realisationsprinzip als Grundprinzip der steuerrechtlichen Gewinnermittlung*, zugl. Univ. Diss., Frankfurt 2003, S. 132-134 und 151 f.; Báez Moreno (FN 6), S. 508 f.

55 Teilweise wird eine Verletzung des Leistungsfähigkeitsprinzips in solchen Fällen nur dann angenommen, wenn der Steuerpflichtige fahrlässig gehandelt hat, vgl. Schneider, *Steuerbilanzen, Rechnungslegung als Messung steuerlicher Leistungsfähigkeit*, 1978, S. 61; kritisch Krever, *Australian Tax Forum*, 1984, 171 (zitiert bei Holmes (FN 36), S. 570).

56 So auch Döring, *DStR* 1977, 271 (275); Lüders, *Der Zeitpunkt der Gewinnrealisierung im Handels- und Steuerbilanzrecht*, 1987, S. 92; Dauber (FN 54), S. 133.

57 Verneinend etwa Musgrave, *General Tax Reform: Panel Discussions before the House Comm. on Ways and Means*, 93rd Cong., 284, 285 (1973) (Statement of Professor

Richard Musgrave) (zitiert von Schenk, *Tax Law Review*, Vol. 57, Nr. 3, 2004, 355 (363, FN 33)); Schenk, *Tax Law Review*, Vol. 57, Nr. 3, 2004, 355 (364, FN 34); Leutner, *Wirtschafts- und finanzpolitische Probleme einer Bodenwertzuwachsbesteuerung*, 1977, S. 70.

58 Zu einer Quote von nur 0,9 % kommt Shakow, *University of Pennsylvania Law Review*, Nr. 134, 1986, 1111.

59 Tipke in Ruppe (Hrsg.), (FN 37), S. 1 (3); Selchert in FS Lutz Fischer, 1999, S. 913 (918); Schön in Schön (Hrsg.), (FN 5), S. 1 (37); Schön, *Tax Law Review*, Vol. 58, Nr. 2, 2005, 111 (138); Schenk, *Tax Law Review*, Vol. 57, Nr. 3, 2004, 355 (362 f.).

60 Kahle (FN 40), S. 201; Schreiber, *StuW* 2002, 105 (108); Schön in Schön (Hrsg.), (FN 5), S. 1 (37 f.); Schön, *European Taxation*, 2004, 426 (439); Schön, *Tax Law Review*, Vol. 58, Nr. 2, 2005, 111 (138); Ely, *UCLA Law Review*, 1990, 108 (zitiert von Schenk, *Tax Law Review*, Vol. 57, Nr. 3, 2004, 355 (363, FN 32)).

61 Eine Ausnahme ist Schenk, *Tax Law Review*, Vol. 57, Nr. 3, 2004, 355 (363-365).

62 Zelinsky, *Cardozo Law Review*, Nr. 19, 1997, 861 (889-891).



geln.<sup>63</sup> Diese Forderungen werden aktuell auch im Zusammenhang mit einer Besteuerung von Neubewertungen mit dem Fair Value nach IAS/IFRS laut.<sup>64</sup> Auf diese Weise werden jedoch so strenge Anforderungen gestellt, dass die Besteuerung nicht realisierter Gewinne praktisch unmöglich wäre.<sup>65</sup>

Es ist nicht leicht nachzuvollziehen, warum gerade die kumulative Erfüllung der drei genannten Forderungen Voraussetzung für die Zulässigkeit der Besteuerung nicht realisierter Gewinne sein soll. Nach einem anderen Vorschlag soll in den einschlägigen Ausnahmefällen ein Aufschub der Besteuerung gewährt werden.<sup>66</sup> Diesbezüglich könnte man sich sogar zunächst mit den bereits vorhandenen Regelungen der spanischen Abgabenordnung (*Ley General de Tributación*, LGT) oder der spanischen Durchführungsverordnung zur Steuererhebung (*Reglamento General de Recaudación*, RGR) zur Steuerstundung begnügen.<sup>67</sup>

Als Zwischenergebnis bleibt also festzuhalten, dass das Liquiditätsargument einer Besteuerung nicht realisierter Gewinne bzw. einer Besteuerung von Neubewertungen mit dem Fair Value nicht entgegensteht. Nach der aktuellen spanischen Rechtslage ist in diesem Zusammenhang insbesondere das genannte qualitative Argument von Bedeutung, da sich der *Circular 4/2004* an Kreditinstitute richtet, bei denen Liquiditätsprobleme in der Regel nicht zu befürchten sind.

## 2. Das Argument der Bewertungsschwierigkeiten

Das zweite, vielleicht gewichtigere Argument gegen die Besteuerung nicht realisierter Gewinne und damit auch gegen die Besteuerung der Neubewertungen mit dem Fair Value betrifft die damit zusammenhängenden Schwierigkeiten der Bewertung. Während sich

die Wertsteigerungen bei strenger Anwendung des Realisationsprinzips durch die Differenz zwischen den Anschaffungskosten (abzgl. der Abschreibungen) und dem Veräußerungspreis bestimmen, besteht für die Berechnung nicht realisierter Wertsteigerungen bzw. von Neubewertungen mit dem Fair Value kein sich an einem Übertragungsakt orientierender Anhaltspunkt. Hier sind der Buchwert und der Marktwert der jeweiligen Aktiva Grundlage der Berechnung. Hauptkritikpunkt in der Steuerrechtslehre ist die Unsicherheit der Marktpreise. Da die Marktpreise nicht durch eine Transaktion am Markt objektiv bestätigt wurden, bestehe das Risiko der Besteuerung eines nicht existierenden Gewinns<sup>68</sup> und dadurch das Risiko eines notwendigen Rückgriffs auf die Vermögenssubstanz des Unternehmens unter Gefährdung seiner Einkommensquellen.<sup>69</sup> Wie fast jedes kategorische Argument weist auch dieses einige Ungereimtheiten auf. Um dies zu verdeutlichen, werden im Folgenden diejenigen Aktiva erörtert, deren Neubewertungen mit dem Fair Value erfolgswirksam sind. Nicht bei allen Aktiva bestehen Bewertungsprobleme. Zudem stellt sich im Zusammenhang mit den steuerlich relevanten Bewertungsschwierigkeiten die Frage, warum das Augenmerk fast ausschließlich auf fiktive Überbewertungen gerichtet ist, nicht jedoch auf Unterbewertungen.

Tatsächlich existiert eine große Gruppe von Aktiva, deren jährliche Bewertung mit dem Fair Value problematisch ist. Deshalb sind alle Systeme und Vorschläge einer allgemeinen Bewertung mit dem Fair Value bzw. mit dem Marktpreis (sog. Mark-to-Market Systems) gescheitert.<sup>70</sup> Dies bedeutet jedoch nicht, dass das Anschaffungskostenprinzip für die Bewertung aller Aktiva zwingend ist.

So besteht ein allgemeiner Konsens darüber, dass die an offiziellen Märkten gehandelten Finanzinstrumen-

63 *Schneider* (FN 55), S. 56 f.; *Schneider*, Finanzarchiv, Band 42, 1984, 407 (417); *Schneider*, Betriebswirtschaftslehre, Band II: Rechnungswesen, 2. Aufl., 1997, S. 247-250.

64 *Broer*, Maßgeblichkeitsprinzip und Harmonisierung der Rechnungslegung, 2001, S. 340 f.; *Kahle* (FN 40), S. 207, FN 230; *Kahle*, WPg 2003, 262 (271); *Schneider*, BB 2003, 299 (301 f.); *Schön* in *Schön* (Hrsg.), (FN 5), S. 1 (38).

65 So auch die Feststellung von *Schneider*, BB 2003, 299 (302), kein Steuergesetz der Welt erfülle diese Anforderungen.

66 So für Spanien *Agulló Agüero*, Revista Española de Derecho Financiero, Nr. 37, 1983, 23 (45); *Báez Moreno* (FN 6), S. 509; für den angelsächsischen Raum *Holmes* (FN 36), S. 570; *Schenk*, Tax Law Review, Vol. 57, Nr. 3, 2004, 355 (365).

67 So für das deutsche Recht auch *Lüders* (FN 56), S. 94, der auf die §§ 222 und 227 AO verweist; ähnlich auch *Ebnet*, Die Besteuerung des Wertzuwachses, Ein theoretischer Ansatz im Rahmen der Einkommensbesteuerung, 1978, S. 155-157; *Thiel* in *Ruppe* (Hrsg.), (FN 37), S. 183 (188).

68 Vorliegend werden nur die steuerlichen Probleme erörtert, zur handelsrechtlichen Kritik bezüglich einer Entkapitalisierung der Gesellschaft, vgl. *Báez Moreno* (FN 6), S. 482.

69 Vgl. hinsichtlich den nicht realisierten Gewinnen aus der spanischen Lehre *Palao Taboada*, Hacienda Pública Española, Nr. 9, 1971, 35 (66); *Combarros Villanueva* (FN 43), S. 336-338; aus der deutschen Lehre *Haller*, Grundsätzliches zur Besteuerung von Grundstücksgewinnen, Kredit

und Kapital, 1973, S. 255 (zitiert von *Lang* (FN 39), S. 174); *Vogel*, StuW 1974, 193 (199); *Leisner*, Wertzuwachsbesteuerung und Eigentum, Zugleich ein Beitrag vom Leistungseigentum, 1978, S. 101; *Tipke* in *Ruppe* (Hrsg.), (FN 37), S. 1 (4 f.); *Lang* (FN 39), S. 174; *Pezzer* in *Doralt* (Hrsg.), (FN 45), S. 3 (22); aus der angelsächsischen Lehre *Evans*, Taxes, Nr. 67, 1989, 824 (825); *Schizer*, New York University Law Review, Nr. 73, 1998, 1549 (1594); *Richardson*, New Zealand Journal of Taxation Law and Policy, Nr. 4, 1998, 25 (zitiert von *Holmes* (FN 36), S. 567); vgl. hinsichtlich der Neubewertungen mit dem Fair Value *Hommel/Berndt*, BB 2000, 1184 (1189); *Küting/Kessler*, StuB 2000, 21 (23); *Herzig*, WPg 2000, 104 (113); *Herzig* (FN 17), S. 224; *Hennrichs* in *Ebling* (Hrsg.), (FN 12), S. 301 (316); *Arbeitskreis Bilanzrecht der Hochschullehrer Rechtswissenschaft*, BB 2002, 2372 (2379); *Schütz* (FN 40), S. 199; *Zeitle*, DB 2003, 1529 (1531); *Kuntzschik*, Steuerliche Gewinnermittlung und IAS/IFRS am Beispiel immaterieller Vermögenswerte, Insbesondere Forschungs- und Entwicklungskosten und Geschäftswerte, zugl. Univ. Diss., Frankfurt 2004, S. 201; *Link* in *Schön* (Hrsg.), (FN 5), S. 207 (252); *Schön*, European Taxation, 2004, 426 (439); *Schön* in *Schön* (Hrsg.), (FN 5), S. 1 (96); *Schön*, Tax Law Review, Vol. 58, Nr. 2, 2005, 111 (136); *Arnold*, StuW 2005, 148 (154); ähnlich bezüglich der US-GAAP Gröning, Steuerbilanzielle Gewinnermittlung nach US-GAAP?, zugl. Univ. Diss., Köln 2002, S. 185.

70 Vgl. die Analyse solcher Systeme bei *Schenk*, Tax Law Review, Vol. 57, Nr. 3, 2004, 355 (370-374).

te und ihre Derivate<sup>71</sup> eine verlässliche und transparente Bewertung zulassen.<sup>72</sup>

Die Problematik einer möglichen Einbeziehung der IAS/IFRS in die Einzelabschlüsse liegt in der Notwendigkeit einer Beschränkung des Kreises derjenigen Aktiva, welche mit dem Fair Value bewertet werden dürfen oder müssen. Denn die IAS/IFRS haben die Tendenz, welche insbesondere in IAS 40 (als Finanzinvestition gehaltenen Immobilien) und IAS 41 (Landwirtschaft) deutlich wird, den Anwendungsbereich der Fair-Value-Bewertung über die Finanzinstrumente hinaus auszuweiten.<sup>73</sup> Während die Fair-Value-Richtlinie die Finanzinstrumente erfasste, ermöglicht die Modernisierungs-Richtlinie die Fair-Value-Bewertung aller Aktiva.

Die Unsicherheit der Fair-Value-Bewertung anderer Aktiva als der Finanzinstrumente kann mit einem Beispiel verdeutlicht werden, und zwar anhand der als Finanzinvestition gehaltenen Immobilien (IAS 40.33-55-Verordnung). Der Fair Value bestimmt sich zunächst durch die aktuellen Preise in einem aktiven Markt für vergleichbare Immobilien (IAS 40.45-Verordnung). Es ist allerdings schwierig, solche aktuellen Preise auf den Immobilienmärkten zu finden.<sup>74</sup> Aus diesem Grund erlaubt IAS 40.46-Verordnung, den Fair Value zu ermitteln durch a) aktuelle Preise eines aktiven Markts für Immobilien abweichender Art, anderen Zustands oder Standorts b) vor kurzem auf einem weniger aktiven Markt erzielte Preise für ähnliche Immobilien c) diskontierte Cashflow-Prognosen, die auf einer verlässlichen Schätzung zukünftiger Cashflows beruhen. Die sog. mittelbaren Preisvergleichsmethoden a) und b) erlauben Abweichungen, deren Subjektivität zu einem Mangel an Objektivität des so ermittelten Fair Value führen oder jedenfalls führen können.<sup>75</sup> Noch unsicherer erscheint die Methode der diskontierten Cashflow-Prognosen (im Folgenden MDC), die als Prognosen naturgemäß einen subjektiven Spielraum lassen.<sup>76</sup> Deswegen liegt der Schluss nahe, dass diese Methoden regelmäßig keine Grundlage für einen verlässlichen Fair Value sein können und so zum

Ausweis fiktiver Gewinne und zu einer Beeinträchtigung der Unternehmenssubstanz führen können.<sup>77</sup>

Folglich ist das Gegenargument der Bewertungsunsicherheiten dahingehend zu präzisieren, dass die Aktiva nicht unterschiedslos für eine Bewertung mit dem Fair Value geeignet sind. Während eine verlässliche Fair-Value-Bewertung von Aktiva wie den als Finanzinvestition gehaltenen Grundstücken kaum möglich ist,<sup>78</sup> besteht dieses Problem bei an Finanzmärkten notierten Aktiva nicht.

Entsprechend unproblematisch ist auch unter diesem Gesichtspunkt der *Circular 4/2004*, der die Fair-Value-Bewertung praktisch auf die Finanzinstrumente beschränkt<sup>79</sup> und insbesondere für die als Finanzinvestition gehaltenen Grundstücke ausgeschlossen hat. Bewertungsprobleme sind bei den hier interessanten Finanzinstrumenten mit erfolgswirksamen Wertänderungen<sup>80</sup> nur dann denkbar, wenn ausnahmsweise kein notierter Marktpreis als Grundlage des Fair Value<sup>81</sup> existiert. Das Musterbeispiel sind Finanzderivate, die nicht in aktiven Märkten gehandelt werden.<sup>82</sup> Auch Eigenkapitalinstrumente und ihre Derivate dürften ein mögliches Beispiel sein, da Norm 22 Abs. 9b) des *Circular 4/2004* für deren Bewertung die Anschaffungskostenmethode nur dann vorschreibt, wenn der Fair Value nicht unter den dort genannten Voraussetzungen verlässlich bestimmt werden kann. In diesen Beispielfällen kommen die Bewertungsmethoden der Norm 14 Abs. 4c) des *Circular 4/2004* (ähnlich IAS 39-Verordnung, Anhang A, Anleitung 74) zur Anwendung, nämlich die Verwendung der jüngsten Geschäftsvorfälle, die Analyse von diskontierten Cashflows sowie Optionspreismodelle. Zwar treten hier mangels notiertem Marktpreis die üblichen Probleme im Rahmen von Bewertungsmethoden auf. Es handelt sich allerdings um Ausnahmefälle, zudem ist trotz allem die generelle Verlässlichkeit der Fair-Value-Bewertung dieser Aktiva allgemein anerkannt, jedenfalls was die Finanzderivate anbelangt.<sup>83</sup> Bewertungsschwierigkeiten können daher vor allem bei den Eigenkapitalinstrumenten, die nicht an einem aktiven

71 Die komplexe Problematik der Derivate verdiente eine gesonderte Behandlung. Obwohl später noch die diesbezüglichen Regelungen des *Circular 4/2004* zur Sprache kommen, soll die traditionelle deutsche Lehre nicht unerwähnt bleiben, welche die Fair-Value-Neubewertungen von Derivaten wegen ihres Charakters von schwebenden Verträgen ablehnt, vgl. Schön in Schön (Hrsg.), (FN 5), S. 1 (101); Herzig (FN 17), S. 132 f.; bezüglich der Sicherungsderivate scheint sich die Diskussion jedoch zu beruhigen, vgl. Herzig in J. Lüdike (Hrsg.), (FN 12), S. 67 (76).

72 Vgl. für Spanien *Lorca Fernández/De Andrés Suárez*, Estudios Financieros, Revista de Contabilidad y Tributación, Nr. 224, 2001, 235 (243); *Sanz Gadea*, Revista de Contabilidad y Tributación, Nr. 263, 2005, 93 (108); *Báez Moreno* (FN 6), S. 483; vgl. für Deutschland *Broer* (FN 64), S. 357; *Dauber* (FN 54), S. 150-153; *Schön*, Tax Law Review, Vol. 58, Nr. 2, 2005, 111 (136); *Schön* in Schön (Hrsg.), (FN 5), S. 1 (96); vgl. für die USA *Evans*, Taxes, Nr. 70, 1992, 909; *Schenk*, Tax Law Review, Nr. 47, 1992, 697; *dies.*, Tax Law Review, Vol. 57, Nr. 3, 2004, 355 (371); *Dodge*, Tax Law Review, Nr. 50, 1995, 265; *Knoll*, Stanford Law Review, Nr. 49, 1996, 1; *Bankman*, Tax Notes, Nr. 68, 1347.

73 Vgl. u.a. *Busse von Colbe*, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 2000, 651 (672); *Baetge/Zülch/Ma-*

*tena*, StuB 2002, 368; *Küting/Dawo*, Zeitschrift für kapitalmarktorientierte Rechnungslegung, 2003, 228-241; *Böcking/Sittmann-Haurj*, BB 2003, 195 (200).

74 *Baetge/Zülch/Matena*, StuB 2002, 420; *Bohl* in Beck'sches IFRS-Handbuch (FN 23), S. 221 (§ 4 Rz. 478); *Heuser/Theile/Pawelzik* (FN 23), S. 206.

75 Ein unmittelbarer Preisvergleich findet sich in IAS 40, 35, vgl. *Baetge/Zülch/Matena*, StuB 2002, 420.

76 *Baetge/Zülch/Matena*, StuB 2002, 420 f.

77 So auch *Informe* (FN 9), S. 111.

78 Keine Einwände gegen eine Besteuerung der entsprechenden Wertsteigerungen hat allerdings *Sanz Gadea*, Revista de Contabilidad y Tributación, Nr. 263, 2005, 93 (150).

79 Vgl. bezüglich des materiellen und immateriellen Anlagevermögens Norm 26 Abs. 5 und Norm 28 Abs. 3.

80 Norm 22 Abs. 3, Buchstabe a) des *Circular 4/2004*.

81 Norm 14 Abs. 2 des *Circular 4/2004* und IAS-Verordnung 39, Anhang A, Anleitung 71-73.

82 *Gonzalo Angulo*, Instrumentos financieros, in Monografías sobre las Normas Internacionales de Información Financiera, Tomo III, Madrid: Expansión, 2004, S. 369 (373); *Herranz Martín/Costa Toda/Zamora Ramírez/María Machota* (FN 35), S. 55-57.

83 *Gonzalo Angulo* (FN 82), S. 275.

Markt notiert sind, auftreten. Sie führen allerdings nur dann zu erfolgswirksamen Neubewertungen mit dem Fair Value, wenn Letztere verlässlich durchgeführt werden können. Demnach ist der *Circular 4/2004* auch unter dem Gesichtspunkt der Bewertungsschwierigkeiten weitgehend unproblematisch.

Ähnliches gilt für das Gesetzesvorhaben zur Reform der spanischen Rechnungslegung (das oben bereits genannte *Proyecto*), das in seinem Art. 38.bis.2 lautet: „Die Vermögensgegenstände, die nicht verlässlich entsprechend dem vorhergehenden Absatz bewertet werden können, sind gem. Art. 38 f.) [also nach dem Anschaffungskostenprinzip] zu bewerten.“

Das zweite oben angekündigte Argument gegen die Kritik der Bewertungsschwierigkeiten ist allgemeiner Natur und hängt mit der Funktion und Zielsetzung der Steuerbilanz zusammen. Wie gesehen, stützen sich die Gegner einer Besteuerung nicht realisierter Gewinne darauf, dass die Bewertung mit dem Marktwert bzw. mit dem Fair Value Unsicherheiten und einen Mangel an Objektivität mit sich bringen. Dies ist – wie erläutert – tatsächlich der Fall bei Aktiva, die nicht an einem aktiven Markt notiert sind. Andererseits lässt die steuerliche Gewinnermittlung den Marktwert fast unbeschränkt für Wertverluste von Vermögensgegenständen zu. Sieht man von den Einschränkungen des Art. 12 TRLIS ab, akzeptiert das TRLIS die handelsrechtlichen Wertreduktionen – vgl. Art. 39 CCom, Art. 187, 195, 196 LSA sowie die Bewertungsnormen 2.5, 8.2, 9, 12 und 13.4 des PGC –, welche die Abschreibung von Vermögensgegenständen des Anlage- und Umlaufvermögens auf den Marktwert oder auf einen anderen entsprechend niedrigeren Wert vorschreiben.<sup>84</sup> Dann stellt sich jedoch die Frage, warum die Bewertung mit dem Marktwert im Zusammenhang mit der Besteuerung von Gewinnen auf so viel Kritik stößt, wenn andererseits die Wertreduktionen auf den Marktpreis klaglos hingenommen werden.<sup>85</sup> Diese unterschiedliche Betrachtung der Risiken einer inadäquaten Bewertung des Unternehmensvermögens – je nachdem, ob über oder unter den Anschaffungskosten – folgt aus einer nicht gerechtfertigten Übertragung der handelsrechtlichen Bilanzzwecke auf die Steuerbilanz.

Der vorrangige Zweck der Handelsbilanz ist der Schutz der Gesellschaftsgläubiger. So soll in jedem Fall vermieden werden, dass sich in der Gewinn- und Verlustrechnung fiktive Gewinne wiederfinden, deren Ausschüttung an die Gesellschafter die korrekte Ka-

pitalisierung der Gesellschaft beeinträchtigt. Dieses Ziel wird grundlegend durch das Vorsichtsprinzip (*principio de prudencia*) und seine Konkretisierungen verfolgt. Es liegt auf der Hand, dass aus dieser Perspektive fiktive Gewinne eher zu vermeiden sind als die sog. stillen Reserven (*reservas ocultas*), also die Unterbewertungen von Aktiva oder die Überbewertungen von Passiva. Denn Letztere können nicht zu einer Entkapitalisierung der Gesellschaft führen und verstoßen daher auch nicht gegen den Zweck der Handelsbilanz. Nach dieser, mehrheitlich abgelehnten Argumentation<sup>86</sup> sind Bewertungsunsicherheiten bei Wertreduzierungen akzeptabel, nicht dagegen bei Wertsteigerungen. Wenn diese Ansicht jedoch schon aus handelsrechtlicher Perspektive überholt ist, ist sie aus steuerrechtlicher Sicht erst recht abzulehnen.

Denn Zweck der Steuerbilanz ist nicht der Schutz der Gesellschaftsgläubiger, sondern die periodisierte Gewinnermittlung nach dem Leistungsfähigkeitsprinzip. Bereits deswegen sind Bewertungsunsicherheiten auch bei Wertreduktionen inakzeptabel. So wie die Besteuerung fiktiver Gewinne nicht mit dem Leistungsfähigkeitsprinzip vereinbar ist, gilt dies in gleichem Maße für handelsrechtliche stille Reserven, die über das Maßgeblichkeitsprinzip in die Bemessungsgrundlage der Körperschaftsteuer gelangen.<sup>87</sup> Obwohl in der Bewertung Abweichungen von den handelsrechtlichen Vorgaben aus steuerrechtlicher Sicht unerwünscht sind, hat dies bisher nicht dazu geführt, dass das spanische Steuerrecht die Abziehbarkeit der handelsrechtlichen Wertreduktionen untersagt. Vielmehr wird die Abziehbarkeit dieser Wertreduktionen lediglich eingeschränkt. Wenn aber die Möglichkeit von Unterbewertungen der steuerlichen Abziehbarkeit der Wertherabsetzungen nicht entgegen steht, warum soll dann die Möglichkeit von Überbewertungen der Besteuerung nicht realisierter Gewinne entgegenstehen? Wie bereits erwähnt, resultiert diese Ungleichbehandlung aus der Übertragung des handelsrechtlichen Schutzes des Gesellschaftsvermögens auf die Steuerbilanz.<sup>88</sup> Zusammenfassend ist offensichtlich, dass jede Vermögensbewertung, die sich nicht strikt am Anschaffungskostenprinzip orientiert, das Risiko von Unter- oder Überbewertungen in sich trägt. Während das Steuerrecht jedoch hinsichtlich der Wertreduktionen durch Einschränkungen dieses Risiko minimiert hat, muss die Frage erlaubt sein, warum dies nicht auch für die Neubewertung nach Wertsteigerungen möglich sein soll.<sup>89</sup>

84 Die Systematik ähnelt der Teilwertabschreibung des EStG.

85 So auch *Döring*, DStR 1977, 271 (275).

86 Dieses Konzept wird auch aus handelsrechtlicher Sicht tiefgreifend überprüft, vgl. *Báez Moreno* (FN 6), S. 209-215; ein weiterer Schritt in der Entwicklung der fortschreitenden Beseitigung stiller Reserven ist das Rahmenkonzept der IAS/IFRS, Ziff. 37, wonach die willkürliche Überbewertung von Passiva bzw. Unterbewertung von Aktiva untersagt wird.

87 Vgl. zu dieser vordringenden Ansicht in Deutschland *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung, Band I, Wissenschaftsorganisatorische, systematische und grundrechtsstaatliche Grundlagen, 1993, S. 509 f. und Band II, Steuerrechtfer-

gungstheorie, Anwendung auf alle Steuerarten, sachgerechtes Steuersystem, 1993, S. 615 f.; *Hoffmann* in Littmann/Bitz/Pust (Hrsg.), Das Einkommensteuerrecht: Kommentar zum Einkommensteuerrecht, 15. Aufl., 2001 (49. Lfg. Nov. 2001), §§ 4, 5 Rz. 15a; in Spanien *Báez Moreno* (FN 6), S. 207-209 und 217-259.

88 Für eine solche Übertragung vgl. *Vicent Chuliá*, *Revista General de Derecho*, Nr. 628-629, 1997, 453 (472 f.); diese Sicht entspricht der Theorie vom Staat als stiller Teilhaber, vgl. dazu *Báez Moreno* (FN 6), S. 98 ff.

89 Ähnlich für die USA *Schenk/Cunningham*, *Tax Law Review*, 1991-1992, 725 (742).

### 3. Das Argument der Verletzung des Grundsatzes der neutralen Besteuerung

Wie bereits erwähnt, besteht ein Konsens über die steuerrechtliche Unzulänglichkeit von sog. *mark-to-market*-Systemen (allgemeine Bewertung des Vermögens zum Marktpreis). Bei bestimmten Aktiva führt die Bewertung mit dem Fair Value dagegen weder zu Problemen der Objektivität noch zu solchen der Liquidität. Die Zulässigkeit von sog. *partial-mark-to-market*-Systemen (Bewertung bestimmter Vermögensgegenstände mit dem Fair Value), welche selbst von den stärksten Gegnern des Gebrauchs der Fair-Value-Bewertung mit steuerlichen Auswirkungen anerkannt werden,<sup>90</sup> hat in letzter Zeit zu neuen Argumenten gegen die Besteuerung der Neubewertungen mit dem Fair Value geführt. So führe die steuerliche Relevanz der Neubewertung nur bestimmter Aktiva zu einer steuerlichen Ungleichbehandlung und damit zu Beeinträchtigungen und Ineffizienzen in der Mittelverwendung.<sup>91</sup> Dieses Argument wurde zuvor schon gegen die *partial-mark-to-market*-Modelle angeführt.<sup>92</sup> Auf den ersten Blick erscheint es einleuchtend, dass die Unterschiede in der Besteuerung im Extremfall eine ganze Anzahl von Gesellschaften von der Notierung abhalten können. Allerdings ist die wirtschaftliche Realität in diesem Zusammenhang komplexer. Zu untersuchen ist zunächst, ob die mit dem Fair Value zu bewertenden Aktiva durch nach dem Anschaffungskostenprinzip zu bewertende Aktiva ersetzt werden können. Anschließend stellt sich die Frage, ob das Erfordernis der Realisation für die Besteuerung bestimmter Wertsteigerungen nicht ebenfalls das Prinzip der neutralen Besteuerung beeinträchtigt.

Eine Auswirkung der Fair-Value-Bewertung auf das Investitionsverhalten ist nur dann denkbar, wenn die mit dem Fair Value bewerteten Aktiva durch nach dem Anschaffungskostenprinzip bewertete Aktiva ersetzt werden können.<sup>93</sup> Dabei muss geprüft werden, ob der steuerliche Vorteil aus der geänderten Investitionsentscheidung nicht durch andere Nachteile kompensiert wird.<sup>94</sup> Je schwieriger eine Transaktion, für die eine neue steuerliche Regelung besteht, ersetzt werden kann, desto wahrscheinlicher ist die Wirksamkeit dieser Reform.<sup>95</sup> Entscheidend für die hier aufgeworfene Frage ist also die Ersetzbarkeit derjenigen Aktiva, gegen deren Bewertung mit dem Fair Value

sich die Kritik der nicht neutralen Besteuerung richtet.

Zunächst sind die Finanzinstrumente und die Beteiligungen am Eigenkapital, welche an offiziellen Märkten notieren, nicht ohne Weiteres durch solche ersetzbar, die nicht mit dem Fair Value bewertet werden. Dies liegt an der Liquidität, Stabilität und Sicherheit der genannten Märkte, die trotz einer neuen Fair-Value-Bewertung nahezu unverzichtbar sind.<sup>96</sup> Zudem würden die Finanzströme in einem hypothetischen, funktionierenden Markt hin zu den steuerlich vorteilhaften Aktiva (also hin zu den nach dem Anschaffungskostenprinzip bewerteten Aktiva) fließen, was eine Preissteigerung zur Folge hätte, wegen der die Investitionen wieder anderen Finanzinstrumente zugute kommen würden.<sup>97</sup>

Problematischer ist die Lage bei den Derivaten. Zunächst können notierte Finanzinstrumente ohne große Umstände durch nicht notierte Derivate ersetzt werden. Ähnliches gilt zudem für notierte Derivate und nicht notierte Derivate.<sup>98</sup> Eine Verletzung des Grundsatzes der neutralen Besteuerung liegt daher in diesem Zusammenhang zwar nahe, ist jedoch aus dem folgenden Grund nicht gegeben: Wie bereits erwähnt, schreibt IAS 39-Verordnung die erfolgswirksame Fair-Value-Bewertung für alle Derivate vor, ob sie nun notiert sind oder nicht.<sup>99</sup> Eine Ausweichmöglichkeit bzw. Ersetzbarkeit durch Derivate ist also nicht gegeben, immer ist der Fair Value anzusetzen.

Entsprechendes gilt für die indirekte Umsetzung der IAS/IFRS in spanisches Recht. Auch nach Norm 22 des *Circular 4/2004* werden von den erfolgswirksam mit dem Fair Value zu bewertenden Finanzaktiva alle Derivate<sup>100</sup> erfasst, welche nicht als Sicherungsinstrumente vorgesehen sind, ohne zwischen den an offiziellen Märkten notierten Derivaten und den sog. *over the counter* gehandelten Derivaten zu unterscheiden. Auch das Gesetzesvorhaben zur Reform der Rechnungslegung (*Proyecto*) schreibt in seinem Art. 38.bis die Fair-Value-Bewertung für die Finanzderivate vor, ohne Unterschied zwischen notierten und nicht notierten Derivaten.

Das gegen die Fair-Value-Bewertung ins Feld geführte Argument der neutralen Besteuerung kann, wie oben angekündigt, noch aus einem zweiten Gesichtspunkt entkräftet werden. Selbst wenn man davon ausgeht,

90 So jüngst Schön, *European Taxation*, 2004, 426 (438); Schön, *Tax Law Review*, Vol. 58, Nr. 2, 2005, 111 (136); Schön in Schön (Hrsg.), (FN 5), S. 1 (96).

91 Schön, *European Taxation*, 2004, 426 (439); Schön, *Tax Law Review*, Vol. 58, Nr. 2, 2005, 111 (137); Schön in Schön (Hrsg.), (FN 5), S. 1 (97).

92 So insbesondere in den USA Louie, *Stanford Law Review*, 1982, 870; Shaviro, *Tax Law Review*, 1992-1993, 1 (38); Dodge, *Tax Law Review*, Nr. 50, 1995, 265 (299 f.); Halperin, *Northern Ohio Law Review*, 1997, 493 (503 f.); Schizer, *New York University Law Review*, Nr. 73, 1998, 1549 (1595 f.); Zelinsky, *Cardozo Law Review*, Nr. 19, 1997, 861 (918-947); Schenk, *Tax Law Review*, 2003-2004, 503 (530).

93 Dies ist die wirtschaftswissenschaftliche Vorgehensweise, um die sog. „kompensierte Elastizität des besteuerten Einkommens“ zu ermitteln, vgl. Schenk, *Tax Law Review*, 2003-2004, 503 (507-514).

94 Vgl. zu dieser Kompensation Schizer, *Columbia Law Re-*

*view*, 2001, 1312-1409.

95 Schenk, *Tax Law Review*, 2003-2004, 503 (508).

96 Schenk, *Tax Law Review*, 2003-2004, 503 (529); Miller, *Tax Notes*, 2005, 1047 (1072).

97 Scholes/Wolfson/Erickson/Maydew/Schevlin, *Taxes and Business Strategy: A Planning Approach*, 2. Aufl., 2002, S. 115-118 (zitiert von Schenk, *Tax Law Review*, Vol. 57, Nr. 3, 2004, 355 (390, FN 158)).

98 Schenk, *Tax Law Review*, 2003-2004, 503 (528); dies., *Tax Law Review*, 1994-1995, 571-641.

99 Eine Ausnahme sind unter bestimmten Voraussetzungen die zur Sicherung gehaltenen Derivate.

100 Einzige, eher unbedeutende Ausnahme sind gem. Norm 22.9.b) des *Circular 4/2004* die nicht verlässlich mit dem Fair Value zu bewertenden Eigenkapitalinstrumente und die entsprechenden Derivate, die nach dem Anschaffungskostenprinzip bewertet werden.

dass die Fair-Value-Bewertung einiger Aktiva Investitionsentscheidungen beeinflussen kann, so muss doch berücksichtigt werden, dass auch das Realisationsprinzip solche Effekte mit sich bringt.<sup>101</sup> So kann das Realisationsprinzip dazu führen, dass ein Investor in seinen Neubewerteten Investitionen „blockiert“ wird, weil diese bei einem Verkauf realisiert würden; er verzichtet dann auf eine Investition in neue Aktiva, obwohl diese rentabler wären,<sup>102</sup> sog. *lock-in-Effekt*. Zudem führt der Aufschub einer Steuerzahlung auch dann zu einer Verringerung des realen Steuersatzes, wenn der nominale Steuersatz gleich bleibt.<sup>103</sup> Man könnte nun darüber diskutieren, wodurch das Prinzip der neutralen Besteuerung stärker beeinträchtigt wird.<sup>104</sup> Jedenfalls sind weder die Einflüsse der Fair-Value-Bewertung bestimmter Aktiva auf Investitionsentscheidungen schwerwiegend, noch ist das Realisationsprinzip selbst frei von Beeinträchtigungen des Grundsatzes der neutralen Besteuerung.

Letztlich konnte bisher gezeigt werden, dass die traditionelle Kritik an der Besteuerung nicht realisierter Gewinne bzw. an der Bewertung bestimmter Aktiva mit dem Fair Value (Probleme der Liquidität, der Objektivität und der Neutralität) nicht so überzeugend ist, wie es zunächst schien. Dies gilt insbesondere für diejenigen Aktiva, die nach der indirekten Umsetzung der IAS/IFRS im spanischen Recht betroffen sind.

#### IV. Verfassungsrechtliche Probleme einer „Besteuerung à la carte“ durch Wahlrechte im Bereich des „Fair Value“

Schließlich ist noch eines der wichtigsten Probleme im Zusammenhang mit der Fair-Value-Bewertung zu erörtern. Wie bereits erwähnt, hängt die Erfolgswirksamkeit der Neubewertungen mit dem Fair Value im Sinne der IAS/IFRS in vielen Fällen vom Willen des Gesetzesanwenders ab. Es ist schwerlich mit den Besteuerungsprinzipien vereinbar, wenn eine Gesellschaft ihren Jahresabschluss nach eigenem Gutdünken erhöhen oder verringern kann.<sup>105</sup> Diesbezüglich ist für die steuerliche Geeignetheit des Fair Value zu untersuchen, ob und wie handelsrechtliche Wahlrechte gegen die Besteuerungsprinzipien verstoßen, sowie welche Wahlrechte die IAS/IFRS und ihre Umsetzung in das spanische Recht enthalten.

Die Frage der Vereinbarkeit von Wahlrechten des Steuerpflichtigen mit den Besteuerungsprinzipien, insbesondere mit dem Leistungsfähigkeitsprinzip und dem Grundsatz eines strikten Steuersystems, ist altbekannt.<sup>106</sup> Traditionell geht man davon aus, dass Wahlrechte – also die Möglichkeit des Steuerpflichtigen, anknüpfend an ein und dieselbe tatsächliche Voraussetzung verschiedene juristische Konsequenzen herbeizuführen – dazu führen, dass bei gleicher Leistungsfähigkeit unterschiedliche Steuerlasten geschaffen werden können. Ein Verstoß gegen das Leistungsfähigkeitsprinzip liegt also nahe.<sup>107</sup> In dieser Form ist die Argumentation jedoch zu radikal, denn erstens existieren auch steuerrechtliche Wahlrechte, und zweitens können Wahlrechte in bestimmten Fällen die einzige Möglichkeit sein, um die Verfassungswidrigkeit von Normen zu vermeiden.<sup>108</sup> Ein klassisches Beispiel dafür aus dem spanischen Steuerrecht ist die gemeinsame Besteuerung von Familien in der Einkommensteuer. Dazu stellte das spanische Verfassungsgericht (*Tribunal Constitucional*) im Urteil 45/1989 vom 20.2. fest: „Unter dem Gesichtspunkt, dass Art. 4.2 weder nach seinem Wortlaut noch durch einen Verweis auf andere Regelungen die Möglichkeit einer getrennten Besteuerung der Familienangehörigen für die Fälle eröffnet, in denen die gemeinsame Besteuerung unmöglich oder ungerechtfertigt ist, ist die Norm verfassungswidrig. Ob diese Möglichkeit als uneingeschränktes Wahlrecht des Steuerpflichtigen oder nur unter bestimmten Voraussetzungen geschaffen wird, bleibt der Entscheidung des Gesetzgebers überlassen...“. In diesem Beispiel war also ein Wahlrecht eine Möglichkeit, eine verfassungsgemäße Regelung zu schaffen.

Diese Vorgehensweise der Beurteilung von Wahlrechten wurde in Spanien auch auf die Frage der Verfassungsmäßigkeit der handelsrechtlichen Wahlrechte und ihrer steuerrechtlichen Zulässigkeit angewandt. Auf diese Weise wird ein genereller Verstoß gegen das Leistungsfähigkeitsprinzip durch handelsrechtliche Wahlrechte, die über das Maßgeblichkeitsprinzip des Art. 10.3 TRLIS Teil der steuerlichen Bemessungsgrundlage werden, verneint. Ein Verstoß gegen die genannten Prinzipien kommt allerdings in Betracht, wenn die Ausübung eines Wahlrechts zu stillen Reserven führt.<sup>109</sup> Problematisch ist insbesondere die willkürliche Verringerung des Jahresergebnisses.<sup>110</sup> Wahl-

101 Darin liegt dann auch in den USA der Hauptkritikpunkt am Realisationsprinzip, vgl. *Louie*, *Stanford Law Review*, 1982, 864; *Blum*, *Tax Law Review*, 1985-1986, 383 (387 f.); *Brown*, *San Diego Law Review*, 1996, Nr. 33, 1559 (1569 f.); *Schenk*, *Tax Law Review*, Vol. 57, Nr. 3, 2004, 355 (389); *dies./Cunningham*, *Tax Law Review*, 1992-1993, 319 (344 f.); *Halperin*, *Northern Ohio Law Review*, 1997, 493 (498); *Shavro*, *Tax Law Review*, 1992-1993, 1 (5); *Schizer*, *New York University Law Review*, Nr. 73, 1998, 1549 (1610); *Weisbach*, *Tax Law Review*, 1999-2000, 95 (132); *Miller*, *Tax Notes*, 2005, 1047 (1075).

102 Vgl. das Beispiel für einen geringeren Gewinn nach Steuern bei *Schizer*, *New York University Law Review*, Nr. 73, 1998, 1549 (1610).

103 Dazu auch *Schizer*, *New York University Law Review*, Nr. 73, 1998, 1549 (1555-1561).

104 Für eine Gleichstellung argumentiert *Zelinsky*, *Cardozo Law Review*, Nr. 19, 1997, 861 (919).

105 *Sanz Gadea*, *Revista de Contabilidad y Tributación*, Nr. 263, 2005, 93 (111, 132 f.); *Informe* (FN 9), S. 283.

106 Vgl. für einen ausführlichen Überblick über die handelsrechtlichen Wahlrechte und die Bemessungsgrundlage in Spanien *Báez Moreno* (FN 6), S. 198-258.

107 *Tipke*, *StRO I* (FN 87), S. 507 mit einigen Einschränkungen; *Tipke/Lang*, *Steuerrecht*, 3. Aufl., 1983, S. 34 (in den aktuelleren Auflagen weggelassen); *Pezzer* in *Doralt* (Hrsg.), (FN 45), S. 3 (6); *Weber-Grellet*, *DStR* 1992, 1417 f.; *Weber-Grellet*, in *Steuerberater-Jahrbuch*, 1994/1995, S. 1 (97-130).

108 *Birk*, *NJW* 1984, 1325 (1327).

109 Vgl. zu dieser Problematik *Báez Moreno* (FN 6), S. 198-259.

110 Laut *Tipke*, *StRO I* (FN 87), S. 518 f. sind Wahlrechte die Folge eines notwendigen Spielraums in wirtschaftlichen Entscheidungen, welche das Jahresergebnis nicht verfälschen.

rechte wie die Wertreduktionen des Umlaufvermögens auf den Marktwert, die Bewertung von Vorräten ohne jeweils einzeln bestimmbare Anschaffungskosten, Vermutungen über die Funktionsdauer sowie die Wahl der Abschreibungsmethode für das materielle Anlagevermögen werden dann als rechtmäßig angesehen, soweit sie der Anpassung der Rechnungslegungsnormen an die tatsächlichen Umstände des Einzelfalls dienen.

Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, dient ein Wahlrecht also etwa der sog. Bilanzpolitik, so ist es nicht gerechtfertigt. Es gibt dem Steuerpflichtigen dann die Möglichkeit der Manipulation der Bilanz und damit einer unzulässigen „Besteuerung à la carte“.

Überträgt man diese Gesichtspunkte auf die Wahlrechte im Zusammenhang mit der (erfolgswirksamen) Fair-Value-Bewertung im Sinne der IAS/IFRS, so ergibt sich Folgendes: IAS 40.30-Verordnung lässt für die als Finanzinvestition gehaltenen Immobilien die Wahl zwischen der Bewertung mit den Anschaffungskosten und der Bewertung mit dem Fair Value. Die Änderungen des Fair Value sind gem. IAS 40.35-Verordnung erfolgswirksam. IAS 39.55-Verordnung sieht – wie bereits erwähnt – vor, dass sich der Wertverlust oder die Wertsteigerung eines erfolgswirksam mit dem Fair Value bewerteten Finanzinstruments in der Gewinn- und Verlustrechnung widerspiegelt, während Wertverluste oder Wertsteigerungen zur Veräußerung verfügbarer Finanzaktiva direkt im Eigenkapital zu buchen sind. Es handelt sich um ein Wahlrecht – und zwar um die sog. Fair-Value-Option –, weil IAS 39.9b)-Verordnung die Klassifikation der erfolgswirksam mit dem Fair Value zu bewertenden Finanzinstrumente dem Unternehmen überlässt. Dieses wurde zwar durch die Verordnung 1864/2005 der Kommission vom 15. November eingeschränkt, aber nicht beseitigt.

Die handelsrechtliche<sup>111</sup> wie steuerrechtliche<sup>112</sup> europäische Lehre hat sich gegenüber diesen Wahlrechten im Rahmen der IAS/IFRS sehr kritisch gezeigt. Dies liegt nicht zuletzt daran, dass die IAS/IFRS selbst als Zweck der genannten Wahlrechte bilanzpolitische Gründe angeben, vgl. etwa IAS 40.30-Verordnung und IAS 39-Verordnung, Anhang A, Anleitung 4C. Sie sollen also nicht die Möglichkeit eröffnen, die Finanzinformationen an im Vorhinein nicht erkennbare Umstände anzupassen.<sup>113</sup> Folglich sind sie aus steuerrechtlicher Sicht höchst problematisch.

Fraglich ist daher, ob diese Problematik auch nach der indirekten Umsetzung der IAS/IFRS in spanisches Recht besteht. Wie bereits erwähnt, sind nach dem *Circular 4/2004* nur die Finanzinstrumente von der Fair-Value-Bewertung betroffen. Unterschieden wird auch hier zwischen erfolgswirksam mit dem Fair Value zu bewertenden Finanzinstrumenten und Finanzinstrumenten, die zur Veräußerung verfügbar sind und deren Wertveränderungen direkt im Eigenkapital

zu buchen sind. Im Unterschied zu den IAS/IFRS verhindert die Definition in Norm 22 B des *Circular 4/2004*, dass die Klassifikation von Aktiva als erfolgswirksam mit dem Fair Value zu bewertende Aktiva von der Entscheidung des Unternehmens abhängt. Von der Definition erfasst sind spekulative Finanzinstrumente (*cartera de negociación*) und bestimmte, genau festgelegte andere Finanzinstrumente. Das oben genannte Wahlrecht wurde also nicht in spanisches Recht umgesetzt.

Schwieriger gestaltet sich dagegen die diesbezügliche Beurteilung des Gesetzesvorhabens zur Reform der Rechnungslegung (*Proyecto*), was insbesondere an der Regelung des Art. 38.bis liegt. Auch hier wird die bereits genannte Unterscheidung der verschiedenen Finanzinstrumente getroffen. Problematisch ist, dass das Gesetzesvorhaben sich hier auf eine Auflistung von Finanzinstrumenten beschränkt, ohne diese zu definieren, und zudem auf eine ergänzende Regelung in einer Durchführungsverordnung verweist, vgl. Art. 38.bis.3, 3 a und .5 des Gesetzesvorhabens. Trotz aller begrifflichen Unsicherheiten bleibt jedoch festzuhalten, dass die einzigen Finanzaktiva, deren Neubewertungen mit dem Fair Value Auswirkungen auf die Gewinn- und Verlustrechnung haben, die spekulativen Finanzinstrumente und die Finanzderivate sind. Deshalb kann insoweit davon ausgegangen werden, dass auch das *Proyecto* kein aus steuerrechtlicher Sicht problematisches Wahlrecht enthält.

Dies gilt auch hinsichtlich der vom *Proyecto* offen gelassenen Möglichkeit, später per Durchführungsverordnung andere Aktiva wie die als Finanzinvestition gehaltenen Grundstücke für die Fair-Value-Bewertung vorzusehen. Diese Möglichkeit unterliegt – wie gesehen – der gewichtigen Einschränkung, dass entsprechende Aktiva in einer europäischen Verordnung *ausschließlich* mit dem Fair Value zu bewerten sein müssen. Ein Wahlrecht ist im Rahmen des *Proyecto* also insoweit ausgeschlossen.

## V. Zusammenfassung

Nach den vorstehenden Erörterungen bleibt festzuhalten, dass die Umsetzung der IAS/IFRS in spanisches Recht nach derzeitigem Stand aus steuerrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden ist. Es folgen die Einzelheiten in Thesenform:

1. Die wahrscheinliche Form der Einbeziehung der IAS/IFRS in spanisches Recht ist die indirekte Umsetzung, indem also die bestehenden Rechnungslegungsnormen an die IAS/IFRS angepasst werden. Diese Reformen wirken sich über das Maßgeblichkeitsprinzip des Art. 10.3 TRLIS direkt auf die Bemessungsgrundlage der Körperschaftsteuer und dadurch auch auf die der Einkommensteuer aus.

111 Vgl. in Deutschland *Engel-Ciric*, DStR 2002, 780 (782 f.); *Kleinmanns*, StuB 2003, 101 (106); *Kirsch*, BB 2003, 1111 (1113 f.); *Küting/Reuter*, BB 2005, 706-713; vgl. in Spanien *Cea García*, Estudios Financieros, Revista de Contabilidad y Tributación, Nr. 236, 2002, 153 (159 f.).

112 Schön, European Taxation, 2004, 426 (439); Schön in Schön (Hrsg.), (FN 5), S. 1 (97); *Sanz Gadea*, Revista de

Contabilidad y Tributación, Nr. 263, 2005, 93 (111, s. aber auch 150).

113 Daran hat sich auch nichts durch die neueste Fassung des IAS-Verordnung 39 geändert, nach der trotz aller Beschränkungen das Wahlrecht fortbesteht, was insbesondere in Anhang A, Anleitung 4 E deutlich wird.

2. Einer der zentralen Aspekte der IAS/IFRS ggü. der bisherigen spanischen Rechnungslegung ist die Einführung der Bewertung bestimmter Aktiva mit dem Fair Value. Erfolgswirksam sind nach den IAS/IFRS nur die Neubewertungen der Finanzinstrumente, der als Finanzinvestition gehaltenen Immobilien und der landwirtschaftlichen Aktiva. In der spanischen Umsetzung sind nur noch die Finanzaktiva betroffen, unter Umständen zukünftig auch landwirtschaftliche Aktiva.
3. Die finanzwissenschaftliche und steuerrechtliche Lehre hat sich mehrheitlich gegen eine Besteuerung nicht realisierter Gewinne ausgesprochen. Die gleichen Kritikpunkte richten sich gegen die Besteuerung von Neubewertungen mit dem Fair Value.
4. Gegen die Kritik der Liquiditätsprobleme als Folge der Besteuerung nicht realisierter Gewinne lassen sich drei Argumente anführen: Vergleichend lassen die Steuerrechtsnormen selbst die Besteuerung nicht realisierter Gewinne zu, quantitativ treten Situationen der Illiquidität in diesem Zusammenhang selten auf, und qualitativ kann man den Ausnahmesituationen mit entsprechenden, teilweise schon bestehenden gesetzlichen Lösungen begegnen.
5. Schlagkräftiger ist die Kritik der Bewertungsprobleme, die aus der Unsicherheit der Bestimmung eines Marktwerts resultieren können. Allerdings betrifft diese Problematik nicht alle Aktiva, insbesondere nicht die an offiziellen Märkten notierten Aktiva. Auf diese sollte eine generelle Einführung der Fair-Value-Bewertung mit steuerlichen Auswirkungen beschränkt werden.
6. Auch der Kritik des Verstoßes gegen den Grundsatz der neutralen Besteuerung kann nicht gefolgt werden. Erstens können die betroffenen Aktiva nicht durch andere ersetzt werden. Zweitens können – ein Verstoß unterstellt – entsprechende Beeinträchtigungen dieses Prinzips auch vom Realisationsprinzip ausgehen, wie der sog. *lock-in*-Effekt zeigt.
7. Die von den IAS/IFRS im Zusammenhang mit dem Fair Value eingeräumten Wahlrechte sind unter dem Gesichtspunkt des Leistungsfähigkeitsprinzips problematisch, zumal sie ausdrücklich bilanzpolitische Maßnahmen ermöglichen sollen. Allerdings wurden diese Wahlrechte – jedenfalls bisher – nicht in das spanische Recht umgesetzt.